This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY

Received DEC 28 1928

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Corpus juris civilis

und

Bürgerliches Gesetzbuch.

Ausgewählte Stellen

aus dem

Corpus juris civilis.

Übersetzt und nach beiden Rechten erläutert

von

J. Müller.

Leipzig
Verlag von C. L. Hirschfeld
1904.

HARV-DED
GER.
9/0
MUE.
Digitized by Google

DEC 28 1928

Alle Rechte vorbehalten.

BK 2004

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung:

a) Corpus juris civilis 1
b) Die bedeutenden Juristen des römischen Rechts bis zur Kodifikation 2

I. Allgemeiner Teil.

A. Sachen.
1. Bestandteil und Zubehör. . . 5
2. Früchte 6

B. Geschäftsfähigkeit.
3. Minderjährigkeit 7

C. Willenserklärung.
4. Irrtum 8
5. Dissens 9
6. Täuschung 10
7. Drohung 10

D. Bedingung.
8. Allgemeines 11
9. Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 12
10. In diem addictio 13

E. Vertretung.
11. Allgemeines 15
12. De peculio und in rem verso. 16
13. Theorien 17

F. Verjährung.
14. Actio nata 19

G. Ausübung der Rechte.
15. Notwehr, Notstand 19

II. Recht der Schuldverhältnisse.

A. Inhalt der Schuldverhältnisse.
16. Zivil- und Naturalobligation . 20
17. Wahlschuld (Gesamtgläubiger) . 21
18. Zinsen 22
19. Verzug des Schuldners . . . 23
20. Verzug des Gläubigers . . . 24

Seite

B. Schuldverhältnisse aus Verträgen.
21. Draufgabe 25
22. Rücktritt 26

C. Erlöschen der Schuldverhältnisse.
23. Erfüllung, novatio 27
24. Aufrechnung 28
25. Erlaß 29

D. Schuldübernahme.
26. S. C. Velleianum 30

E. Einzelne Schuldverhältnisse.
I. Kauf.
27. Kauf und Tausch 32
28. Gefahrübergang 33
29. Mangel im Recht 34
30. Mangel in der Sache . . . 35

II. Schenkung.
31. Allgemeines 37
32. Haftung 38

III. Miete und Pacht.
33. Allgemeines 39
34. Kauf bricht Miete 40
35. Pflichten des Vermieters . . 41
36. Pflichten des Mieters . . . 42
37. Relocatio tacita 43
38. Remissio mercedis 44

IV. Leihe.
39. Allgemeines 45
40. Pflichten des Verleihers . . . 46

V. Darlehn.
41. Allgemeines 47
42. Übertragung der Darlehnsvaluta 48
43. § 607, 2 BGB. 50
44. S. C. Macedonianum 50

Digitized by Google

Seite

VI. Auftrag.
45. Pflichten des Beauftragten . . 51
46. Auftrag oder Kauf 52
VII. Geschäftsführung ohne Auftrag.
47. Negotiorum gestio 53
VIII. Verwahrung.
48a. Definition und depositum miserabile 54
b. Depositum irregulare . . . 55
49. Ort der Rückgabe 55
IX. Gesellschaft.
50. societas und communio . . 56
51. Anteil am Gesellschaftsvermögen 57
52. Haftung der Gesellschafter . . 58
53. Beendigung der Gesellschaft . . 59
X. Bürgschaft.
54a. Allgemeines, accessorische Haftung 60
b. Aufrechnungseinrede 61
55. Beneficium excussionis . . . 61
56. Beneficium divisionis . . . 62
57. Mandatum qualificatum . . . 63
XI. Ungerechtfertigte Bereicherung.
58. Condictio sine causa 64
59. Condictio causa data, causa non secuta 65
XII. Unerlaubte Handlung.
60. Verschulden 66

III. Sachenrecht.

A. Besitz.
61. Erwerb des Besitzes 67
62. Besitzschutz 68
63. Besitzverlust 69
B. Eigentum.
64. Rei vindicatio 71
65. Actio Publiciana 72
66. Nachbarrecht 73
67. Recht der Flußaccessionen . . 74
68. Ersitzung 75
69. Verbindung 77
70. Vermischung und Verarbeitung 78

Seite

C. Dienstbarkeiten.
71. Grunddienstbarkeit (confusio) . 79
72. Grunddienstbarkeit (civiliter uti) 80
73. Nießbrauch an Sachen . . . 81
D. Pfandrecht.
74. Abschluß des Pfandvertrages . 82
75. Pfandverkauf 83
76. Nutzung 84
77. Pfandklage 85

IV. Familienrecht.
78. Verlöbnis 86
79. Eheliches Güterrecht 86
80. Annahme an Kindesstatt . . . 87
81. Vormundschaft 88
82. Vormundschaft 90

V. Erbrecht.
A. 83. Gesetzliche Erbfolge . . . 90
B. 84. Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten 92
C. Erbschaftsanspruch.
85. Hereditatis petitio 94
86. Hereditatis petitio 94
D. Testament.
87. Allgemeines 95
88. Soldatentestament und Nacherbfolge 96
89. Fictio legis Corneliae . . . 97
90. Ausschlagung 98
91. Substitution 99
92. Conjunctio 100
93. Anwachsung 100
E. Vermächtnis.
94. Allgemeines 101
95. Beschränkung 102
96. Quarta Falcidia 103
97. Vorausvermächtnis 104
F. Pflichtteil.
98. Formelles Pflichtteilsrecht . . 105
90. Materielles Pflichtteilsrecht . 106
G.100. Erbunwürdigkeit 107

Digitized by Google

Einleitung.

Corpus juris civilis.

Das **corpus juris** in seiner heutigen Gestalt ist eine Zusammenfassung der Kodifikationen des Kaisers Justinian (527—563) durch Dionysius Gothofredus im Jahre 1583. Es enthält die Institutionen, die Pandekten oder Digesten, den Kodex und die Novellen, vier Rechtsbücher, die selbständig und zu verschiedenen Zeiten veröffentlicht worden sind.

1. Als vorbereitende Arbeiten sind der **vetus codex** und **liber quinquaginta decisionum** anzuführen. Ersterer wurde auf Grund der kaiserlichen constitutio: haec quae necessario vom 13. Februar 528 von einer Kommission von 10 Männern, unter denen Tribonian und Theophilus die bedeutendsten waren, in Angriff genommen und als eine Sammlung und Sichtung von leges, Kaisergesetzen, am 7. April 529 durch die constitutio summa reipublicae mit Gesetzeskraft vom 16. April 529 veröffentlicht.

   Das liber quinquaginta decisionum war eine Sammlung von Entscheidungen, bearbeitet in den Jahren 529—534.

2. Die **Digesten.**

   Durch die an Tribonian gerichtete constitutio: Deo auctore vom 12. Dezember 530 befahl Justinian die Sammlung des noch geltenden Rechts in 50 Bücher. Eine Kommission von 16 Juristen schuf darauf unter Benutzung von 39 Schriftstellern mit 2000 libri die Pandekten oder Digesten (Titel: Domini nostri sacratissimi principis Iustiniani enucleati ex omni vetere jure collati Digestorum seu Pandectorum libri quinquaginta), die am 16. Dezember 533 mit Gesetzeskraft vom 30. Dezember 533 durch die constitutio: tanta oder δέδωκεν veröffentlicht wurden.

Die Kommission teilte den Stoff in vier Massen ein:

a. Sabinusmasse (S.), Zivilrecht; den Hauptteil bildet ein Kommentar zu Sabinus, etwa zwei Fünftel des Gesamtwerkes.
b. Ediktsmasse (E.), Honorarrecht, besonders Kommentar zum edictum perpetuum, ebenfalls etwa zwei Fünftel des Werkes.
c. Papiniansmasse (P.), Recht der Kaisergesetze.
d. Als vierter Teil wurde die Postpapiniansmasse (p. P. oder A = Appendix), enthaltend die während der Arbeit aufgefundenen Schriften, hinzugefügt.

Digitized by Google

9123 Stellen, als leges bezeichnet, verteilte die Kommission in 432 Titeln auf 50 Bücher. Die Stellen selbst wurden später in Paragraphen zergliedert, denen bei größeren Stellen noch ein principium vorausgeht. Zitiert wird L 13 § 29 Dig. oder D. oder P. de actionibus emti venditi 19, 1, als der 29. Paragraph in der 13. Stelle des 1. Titels im 19. Buche, der die Überschrift de actionibus empti venditi trägt.

Besonders zu merken: Die Bücher 30—32 de legatis, die gewöhnlich mit I, II, III bezeichnet werden; die libri singulares: 23 über dos, 26 über tutela, 28 über testamentum und 30 über legatum, die libri terribiles 47 und 48 über das Strafrecht.

3. **Institutiones.**

Während der Kodifikation der Digesten erhielten die Mitglieder der Gesetzeskommission Trebonian, Theophilus und Dorotheus den Auftrag zur Abfassung eines Lehrbuches, das zugleich als Gesetzbuch gedacht war, an Stelle der Institutionen des Gaius, dessen Einteilung des Rechts: omne jus, quo utimur vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet, auch dem neuen Werk zugrunde gelegt wurde. Publiziert durch die constitutio imperatoriam majestatem vom 21. November 533, erhielten die Institutionen Gesetzeskraft am 30. Dezember 533. Das Werk zerfällt in 4 Bücher, diese in 98 Titel und diese in Paragraphen, denen event. ein principium vorausgeht. Zitiert wird z. B. § 1, I. quibus modis obligatio tollitur, III, 29, als der erste Paragraph des 29. Titels im 3. Buche der Institutionen, der die Überschrift: Quibus modis obligatio tollitur trägt.

4. **Codex repetitae praelectionis.**

Infolge der Digesten und Institutionen wurde eine Revision des Codex erforderlich, die als Codex repetitae praelectionis durch die constitutio cordi nobis est vom 16. November 534 mit Gesetzeskraft vom 29. Dezember 534 veröffentlicht wurde. Der Kodex zerfällt in 12 Bücher (Buch 1 Kirchenrecht, 2—8 Privatrecht, 9 Strafrecht, 10 bis 12 Verwaltungsrecht). Die Bücher zerfallen in Titel, die Titel in leges, die leges in Paragraphen. Zitiert wird: L 7 § 6. C. de praescriptione XXX vel XL anuorum 7, 39, als der 6. Paragraph der 7. lex im 39. Titel des 7. Buches, der die Überschrift De praescriptione ect. trägt.

5. **Novellae.**

Die nach der Kodifikation gegebenen Gesetze wurden als Novellae veröffentlicht. Ihre von Justinian beabsichtigte Sammlung ist nicht zustande gekommen. Jede Novelle zerfällt in eine praefatio, den in capita und Paragraphen zergliederten Text und einen epilogus, der die Publikation bestimmt. Zitiert wird z. B. Nov. 115, cap. IV, § 1.

134 Novellen sind in dem Authenticum ums Jahr 555 zusammengefaßt worden. Dieses zerfällt in 9 Collationes, denen durch die Kaiser Friedrich I. und II. eine Sammlung von Gesetzen als decima collatio angefügt wurde, in der auch die Libri feudorum Platz fanden.

Die bedeutenden römischen Juristen bis zur Kodifikation.

I. Die Juristen der Republik.

1. Papirius, der angebliche Verfasser des jus Papirianum, einer Sammlung von Königsgesetzen.

Digitized by Google

2. Cn. Flavius, um 300 v. Chr.; er soll die vom Zensor Appius Claudius aufgeschriebenen Klagformeln entwendet und herausgegeben haben.
3. Sextus Aelius Paetus Catus, um 200 v. Chr.; er interpretierte die XII Tafeln und die Actiones in seiner tripertita.
4. Tiberius Coruncanus, um 150 v. Chr.
5. Aus dem letzten Jahrhundert der Republik:
   Quintus Mucius Scaevola, Oberpontifex, in den Digesten Quintus Mucius genannt (praesumptio Muciana, cautio Muciana).
   Acquilius Gallus (stipulatio Acquiliana).
   Servius Sulpitius Rufus, Aulus Ofilius, juristischer Beirat Cäsars; sein Schüler ist C. Atejus Capito.
   Trebatius Testa, juristischer Beirat des Augustus; sein Schüler ist Marcus Antistius Labeo.

II. Die Rechtsschulen.

Prokulianer und Sabinianer.

Capito und Labeo sind die Begründer der beiden Rechtsschulen der Kaiserzeit, der Sabinianer oder Kassianer und der Prokulianer und Pegasianer. Welches der Gegensatz zwischen diesen war, ist nicht aufgeklärt. Die einen folgern aus einer Stelle des Geschichtsschreibers Pomponius: Atejus Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae plurimum innovare instituit, daß Capito mehr am Buchstaben festgehalten, während Labeo das Recht weiter entwickelt hat.

Andere geben als Grund der Trennung den politischen Gegensatz zwischen Anhängern des Kaisertums, Sabinianern, und Anhängern der Republik, Prokulianern, an. Tatsächlich sind die Ansichten der Sabinianer im Corpus juris bei weitem häufiger rezipiert, als die der Prokulianer.

Außer ihren Begründern sind zu merken:

a. von den Sabinianern: Massurius Sabinus, Gaius Cassius Longinus (von diesen beiden hat die Schule ihren Namen), Salvius Julianus (Verfasser des Edictum perpetuum), Sextus Pomponius (der Geschichtsschreiber der römischen Jurisprudenz), Sextus Cecilius Africanus (häufig schwer verständlich). Sein Lehrer war Salvius Julianus. Dieser soll auch immer gemeint sein, wenn Africanus in seinen Rechtsfällen die Entscheidung mit ait, respondit, negavit gibt.

   Gaius unter Mark Aurel, über dessen Persönlichkeit Streit herrscht. Er ist der Herausgeber der Gaii institutionum juris civilis commentarii quattuor, die den Institutionen des Justinian zum Vorwurf gedient haben.

b. von den Prokulianern: Cocceius Nerva, Proculus, Pegasus, Juventius Celsus pater, Juventius Celsus filius, Neratius Priscus.

III. Die klassischen Juristen.

Aemilius Papinianus, unter Pius geboren, unter Caracalla 212 ermordet. Seine Hauptwerke: Responsorum libri XIX, Quaestionum libri XXXIX, Definitionum libri II.

Domitianus Ulpianus, geboren um 170, 228 von den Prätorianern getötet. Hauptwerke: 83 Bücher ad edictum, 61 Bücher ad Sabinum, Disputationum libri X.

Digitized by Google

Julius Paulus, zur gleichen Zeit. Hauptwerke: 78 Bücher zum Edikt, 16 Bücher zum Sabinus, und besonders: Pauli sententiarum receptarum ad filium libri quinque.
Herennius Modestinus, Schüler des Ulpian.

IV. Von den **nachklassischen Juristen** sind zu merken: Aelius Maximus besonders liber singularis ad formulam hypothecariam, Hermogenianus, Arcadius Charisius um 350.

Digitized by Google

Allgemeiner Teil.

Sachen (§ 90—103 BGB.).

1.

L 59. Dig. 6, 1.

Bestandteil oder Zubehör.

Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit: quaero, is qui imposuerat possetne ea vindicare. Respondit posse: nam quae alienis aedificiis conexa essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti.

De rei vindicatione.

Ein Inwohner hat in fremde Gebäude Fenster und Türen eingesetzt, der Eigentümer des Gebäudes hat diese nach Jahresfrist weggenommen. Es entsteht die Frage: Kann der, der sie eingesetzt hat, sie mit der Eigentumsklage zurückfordern? Antwort: ja. Denn, was mit fremden Gebäuden verbunden ist, das gehört, solange es verbunden ist, zu ebendiesen Gebäuden. Sobald es aber weggenommen ist, kehrt es sofort in seinen früheren Zustand zurück.

Im bürgerlichen Recht ist auf obiges Beispiel nicht ohne weiteres die Lösung zu finden. Zunächst kommt es auf die Entscheidung der Frage an: In welcher rechtlichen Beziehung stehen die Türen und Fenster zum Hause?

Einfache Türen und Fenster sind nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche wesentliche Bestandteile des Hauses (§ 93, 94 BGB.), ihre Trennung vom Hause kann nicht stattfinden, ohne daß die wirtschaftliche Bestimmung des Hauses zerstört würde. Über ihre Rechtslage bestimmt in diesem Falle § 93, daß sie nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können; sie haben also dieselbe Rechtslage wie das Gebäude, dessen Eigentümer hat auch an ihnen Eigentum, und zwar bleibt er Eigentümer, auch wenn später eine Trennung der Sachen erfolgen sollte. Es bleibt natürlich dem Inwohner vorbehalten, mit der Bereicherungsklage oder gegebenen Falles mit einer Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen.

Nehmen wir dagegen an, daß das Haus an und für sich auch ohne die Fenster ein wirtschaftliches Ganze bildet, z. B. in Süditalien oder als modernes Beispiel, daß der Bewohner Doppelfenster angebracht hat, so bilden diese keinen Bestandteil, sondern wohl Zubehör des Gebäudes, denn sie sind — wenigstens im gewöhnlichen Falle — bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen (§ 97 BGB.). Sie behalten dann ihre Selbständigkeit und teilen nur im Zweifel das Los der Hauptsache. Für unser Beispiel bestimmt

Digitized by Google

eingreifend § 547, 2 BGB.: der Mieter ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wieder wegzunehmen. Er hat daher eine Klage auf Trennung und, falls die Trennung schon stattgefunden hat, auf Herausgabe der Türen und Fenster.

2.

L 7 § 12 Dig. 24, 3.

Früchte.

Si fundum viro uxor in dotem dederit isque inde arbores deciderit, si hae fructus intelleguntur, pro portione anni debent restitui (puto autem, si arbores caeduae fuerunt vel cremiales, dici oportet in fructu cedere), si minus, quasi deteriorem fundum fecerit, maritus tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur quasi in alieno inventi.

Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

Wenn eine Ehefrau dem Manne ein Grundstück zum Heiratsgut gegeben hat und er Bäume davon gefällt hat, so müssen diese, wenn sie als Früchte angesehen werden, nach dem Verhältnis des Jahres zurückerstattet werden, ich glaube aber, daß die Bäume, wenn sie schlagbar oder zum Verbrennen geeignet gewesen sind, als Früchte bezeichnet werden müssen, wenn nicht, so haftet der Ehemann gleich als ob er das Grundstück verschlechtert habe. Aber auch wenn sie durch Sturm und Unwetter niedergerissen sind, so muß man sagen, daß ihr Wert der Frau zurückzuerstatten sei, und daß sie nicht in den Fruchtbegriff fallen, nicht mehr, als wenn ein Schatz gefunden sein sollte; denn dieser wird nicht zur Frucht gerechnet, sondern die Hälfte wird zurückerstattet werden, gleich als wenn er auf einem fremden Grundstück gefunden wäre.

Das Dotalrecht war in der letzten Zeit seinem Wesen nach Gütertrennung, das Eigentum an der dos stand der Frau zu, der Mann hat an ihr die Nutznießung. Mit der Scheidung der Ehe hörte dieses Nutzungsrecht auf, und es war die Bestimmung getroffen, daß die Früchte des letzten Jahres, gerechnet von der Übergabe des Gutes ab, der Frau zurückzugewähren seien, soweit sie der Mann noch hinter sich hatte.

Die Entscheidung der Frage, ob die geschlagenen Bäume als Früchte zu betrachten sind, war daher von Bedeutung. Denn wenn sie nicht als Frucht anzusehen waren, so gehörten sie als gewesene Bestandteile des Grundstückes noch zum Eigentum der Frau, der Ehemann mußte daher für verbrauchte Ersatz leisten. Diese Ersatzpflicht trat natürlich auch ein, wenn das Fällen der Bäume nicht im ordnungsmäßigen Wirtschaftsbetrieb vor sich gegangen war.

Mit Recht entscheidet der Jurist die Frage dahin, daß die im ordnungsmäßigen Wirtschaftsbetrieb geschlagenen Bäume als Früchte anzusehen sind. Denn für beide Rechte sind Früchte einer Sache die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird (§ 99, 1 BGB.).

Ein Schatz ist daher nicht Frucht eines Grundstückes. Als solcher ist aufzufassen eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht

Digitized by Google

mehr zu ermitteln ist. Nach beiden Rechten wird an ihm das Eigentum zur Hälfte vom Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache, in der der Schatz verborgen war, erworben (§ 984 BGB.).

Hinsichtlich der Fruchtziehung in dieser Stelle kann zum Vergleich § 1039 BGB. herangezogen werden.

Geschäftsfähigkeit (§ 104—115 BGB.).

3.

L 13 § 29 Dig. 19, 1.

Minderjährigkeit.

De actionibus empti venditi.

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.

Wenn jemand von einem Minderjährigen ohne dessen Vormundes Ermächtigung etwas gekauft hat, so besteht der Kontrakt von einer Seite, denn der Käufer ist dem Pupillen verpflichtet, hat aber den Pupillen sich nicht verpflichtet.

Das römische, wie das heutige Recht läßt erst mit Erreichung der Volljährigkeit den Menschen vollständig geschäftsfähig werden. Beide Rechte machen bis zu diesem Zeitpunkte zwei Abschnitte. In der ersten Altersstufe, bis zum 7. Lebensjahr, sind die Kinder, die infantia minores, vollständig geschäftsunfähig (§ 104 BGB.). Die zweite Altersstufe, die der beschränkten Geschäftsfähigkeit, setzt das Bürgerliche Gesetzbuch auf den Zeitraum von 7. bis zum 21. Lebensjahr fest. Das römische Recht ließ die Volljährigkeit mit der Erreichung der Pubertät eintreten. Über die Grenze der Pubertät herrschte Streit zwischen den Rechtsschulen der Sabinianer und Prokulianer. Erstere ließen den Zeitpunkt mit der Geschlechtsreife, qui generare potest, zusammenfallen, letztere setzten einen bestimmten Termin fest, bei Knaben auf 14, bei Mädchen auf 12 Jahre. Diese Bestimmung hat verschiedene Einschränkungen durch die lex Plaetoria 186 v. Chr., durch Mark Aurel und Diokletian erfahren, die darauf hinzielten, daß die minores vinginti quinque annis durch einen curator zum Schutze ihres Vermögens in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt wurden; hatten sie jedoch keinen Kurator, so waren sie voll geschäftsfähig. Die Reichspolizeiordnung von 1548 setzte dann die Volljährigkeit auf das 25., das Allg. Landrecht auf das 24. und das Großjährigkeitsgesetz vom 17. Februar 1875 auf das 21. Lebensjahr fest.

Über die **Rechtslage der Beschränktgeschäftsfähigen** bestimmt das bürgerliche Recht, daß sie erwerbs-, aber nicht verpflichtungsfähig sind. Zu jeder Willenserklärung, die nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil mit sich bringt, bedürfen sie der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters.

Schließt der Minderjährige einen Vertrag, so liegt nach römischem Recht, wie die Stelle lehrt, ein negotium claudicans vor, der Minderjährige ist nicht an den Vertrag gebunden, wohl aber der andere Teil.

Nach bürgerlichem Recht liegt kein negotium claudicans vor. Bis zur Genehmigung kann der andere Teil widerrufen und zwar auch dem Minderjährigen gegenüber (§ 109, 1 BGB.). Unter Umständen kann jedoch ein negotium claudicans vorhanden sein, wenn nämlich der andere Teil die Minderjährigkeit gekannt hat. Er kann in diesem Falle nur widerrufen, wenn der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat. Er kann aber auch dann wieder nicht widerrufen, wenn ihm das Fehlen der Einwilligung bei den Abschlusse des Vertrages bekannt war (§ 109, 2 BGB.).

Digitized by Google

Willenserklärung (§ 117—144 BGB.).

4.

L 32. Dig. 12, 1.

Irrtum.

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

De rebus creditis.

Wenn du sowohl mich als auch den Titius um ein Darlehen gebeten hast und ich meinem Schuldner aufgegeben habe, dir das Geld zu geben, du es in einer Stipulation angenommen hast, in dem Glauben, daß er der Schuldner des Titius sei, wirst du mir dann verpflichtet? Ich trage Bedenken, insofern du kein Geschäft mit mir abgeschlossen hast. Doch liegt es näher, daß ich dich für verpflichtet halte, nicht weil ich dir Geld geliehen habe, denn dies kann nur unter Übereinstimmung geschehen, sondern weil es recht und billig ist, daß mein Geld, welches an dich gekommen ist, mir von dir zurückgegeben werde.

Zur Gültigkeit einer Rechtshandlung ist Übereinstimmung zwischen Wille und Erklärung erforderlich. Hinsichtlich der Behandlung der Differenz zwischen Wille und Erklärung herrscht Streit. Die einen, die Anhänger der Willenstheorie, legen das Hauptgewicht auf den Willen; eine Rechtshandlung, bei der der Wille unrichtig zum Ausdruck gekommen ist, ist nichtig. Die Anhänger der Erklärungstheorie dagegen lassen nur das Erklärte gelten. Dritte stehen auf einem vermittelnden Standpunkt; bei einem Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung ist ein Rechtsgeschäft regelmäßig nichtig, jedoch rechtsbeständig, wenn das Erklärte dem Empfänger als Ausdruck des wahren Willens des Erklärenden erscheinen konnte und mußte. Für alle Theorien ist unstreitig, daß nur eine wesentliche Differenz von Einfluß auf das Rechtsgeschäft ist, daß eine für den Bestand des Geschäftes unerhebliche Differenz nicht in Betracht kommt.

Für unser Beispiel handelt es sich um einen **nichtbeabsichtigten Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung:** Ein Darlehnsnehmer C nimmt ein Darlehen von A, glaubt es aber von B zu empfangen, er befindet sich also im Irrtum über die Person des Darlehnsgebers.

Ob dieser Irrtum für den Bestand des Rechtsverhältnisses von Erheblichkeit ist, ist verschieden beantwortet worden. Das **römische Recht** stellte im allgemeinen den Grundsatz auf, daß ein error in persona, wie auch der in negotio, in corpore, in substantia, in qualitate ein wesentlicher Irrtum sei und Einfluß auf den Bestand des Rechtsgeschäfts habe. Welche Folge im römischen Recht dieser Irrtum mit sich bringe, ist nach den verschiedenen Theorien verschieden zu entscheiden. Unser Jurist Juventius steht auf dem Standpunkt der Willenstheorie, er läßt Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes eintreten und gibt dem Darlehnsgeber nur eine Bereicherungsklage, eine condictio sine causa, die später mit Rücksicht auf diese Stelle condictio Juventiana benannt worden ist. Die Anhänger der anderen Theorien würden das Rechtsgeschäft bestehen lassen und nur eine Anfechtungsklage geben.

Für das **Bürgerliche Gesetzbuch** ist als leitender Grundsatz aufgestellt worden, daß ein Irrtum oder ein Mißverständnis dann als wesentlich zu be-

Digitized by Google

handeln sei, wenn unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles die Annahme Platz greifen muß, daß der Erklärende bei Kenntnis der Sache und bei verständiger Würdigung des Falles die von ihm abgegebene Erklärung nicht abgegeben haben würde (§ 119 BGB.).

Ein error in persona ist hiernach nicht ohne weiteres als wesentlich anzusehen. In unserm Falle würde wohl ein Darlehnsvertrag zwischen C und A als gegeben gelten, da es C gleichgültig war, von wem er das Darlehen empfing.

Als Folge des wesentlichen Irrtums hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Anfechtbarkeit aufgestellt, die ohne schuldhaftes Zögern seit Kenntnis des Anfechtungsgrundes, mindestens aber binnen 30 Jahren nach Abgabe der Erklärung erklärt werden muß (§ 121 BGB.) und Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes von Anfang an bewirkt (§ 142 BGB.).

5.

L 9. pr. § 1 Dig. 18, 1.

Dissens.

In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient, sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem. Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.

De contrahenda emptione.

Beim Kaufe und Verkaufe muß bekanntlich Übereinstimmung herrschen. Sollte man also über den Kauf selbst oder über den Preis oder über irgend einen anderen Punkt uneinig sein, so ist der Kauf nicht zustande gekommen. Wenn ich daher glaubte, das cornelianische Grundstück zu kaufen, du jedoch dachtest, das sempronische mir zu verkaufen, so liegt kein Kaufvertrag vor, weil wir über den Gegenstand nicht einig gewesen sind. Derselbe Fall ist gegeben, wenn ich den Stichus zu kaufen, du aber den abwesenden Pamphilus zu verkaufen gedachtest. Denn da wir über den Gegenstand uneinig sind, so ist klar, daß der Kauf nichtig ist. Wenn wir hinsichtlich des Namens nicht übereinstimmen, aber über den Gegenstand einig sind, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Kauf gültig ist, denn der Irrtum hinsichtlich des Namens ist ohne Bedeutung, wenn Einigkeit über den Gegenstand vorliegt.

Die vorhergehende Stelle handelte vom Irrtum, von einer Differenz zwischen Wille und Erklärung. Bei diesem Beispiel darf man sich nicht zu einer gleichen Annahme verleiten lassen und etwa denken, daß ein error in objecto gegeben ist. Es liegt vielmehr ein Dissens vor. Auf jeder Seite der Vertragschließenden stimmen Wille und Erklärung überein, die beiden Erklärungen decken sich aber nicht. Eine Einigung der Parteien ist überhaupt nicht zustande gekommen, der Kaufvertrag gilt daher nach beiden Rechten als nicht abgeschlossen.

Anders läge der Fall, wenn A erklärt, das sempronische Grundstück verkaufen zu wollen, B es kauft, sich aber in der irrigen Annahme befindet, das zum Verkauf angebotene Grundstück sei das cornelianische. In diesem Falle läge

Digitized by Google

auf seiner Seite ein error in objecto vor. Über dessen Wirkung nach beiden Rechten vgl. die vorhergehende Stelle.

Hinsichtlich der Nichtübereinstimmung lediglich in bezug auf den Namen, gilt der Grundsatz: minima non curat praetor, sie ist für die Rechtsordnung im gewöhnlichen Falle ohne Bedeutung.

6.

L 9 pr. § 1 Dig. 4, 3.

Täuschung.

Si quis adfirmavit minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat.

Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris.

De dolo malo.

Wenn jemand versicherte, die Erbschaft sei ganz gering und sie so vom Erben kaufte, so findet die Klage wegen Arglist nicht statt, da die aus dem Kaufvertrag genügt. Wenn du mich aber überredet hast, die Erbschaft auszuschlagen, weil sie zur Deckung der Erbschaftsschulden nicht ausreichte, oder einen bestimmten von mehreren Sklaven zu wählen, als ob ein besserer sich in dem Haushalt nicht befinde, so behaupte ich, daß, wenn du dies arglistiger Weise getan hast, gegen dich die Klage wegen Arglist zu geben sei.

Die Rechtswirksamkeit einer Willenserklärung ist weiter in Frage gestellt, wenn dieselbe durch **Betrug oder Zwang** hervorgerufen ist.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** bestimmt § 123: Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

Unter Arglist ist das absichtliche Hervorrufen eines nachteiligen und irrtümlichen Willensentschlusses im Gegner durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung oder Entstellung wahrer Tatsachen zu verstehen.

Die Anfechtung hat binnen Jahresfrist zu erfolgen seit dem Zeitpunkte, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckte, mindestens jedoch innerhalb 30 Jahre seit Abgabe der Willenserklärung.

Das **römische Recht** gab unter den gleichen Voraussetzungen als Anfechtungsklage die actio doli. Dieselbe hat jedoch nur subsidiäre Bedeutung, sie kommt nur in Betracht, wenn die Geltendmachung einer Kontraktsklage, die auf dasselbe Ziel gerichtet werden konnte, ausgeschlossen ist.

7.

L 10 § 1 Dig. 4, 2.

Drohung.

Si metu a te coactus acceptam tibi stipulationem fecerim, arbitratu judicis, apud quem ex hoc edicto agitur, non solum illud continetur, ut in tua persona redintegretur obligatio, sed ut fideiussores quoque vel eosdem vel alios non minus idoneos

Quod metus causa gestum erit.

Wenn ich durch Furcht gezwungen dir eine Stipulation erlassen habe, so wird der Spruch des Richters, bei welchem aus diesem Edikte Klage erhoben wird, nicht bloß das enthalten, daß in deiner Person die frühere Obligation wieder hergestellt wird, sondern

Digitized by Google

adhibeas: praeterea ut et pignora quae dederas in eandem causam restituas.

auch daß du entweder dieselben Bürgen oder andere, aber nicht weniger taugliche stellst, ferner auch, daß du die Pfänder, die du gegeben hast, in den früheren Zustand zurückführst.

Der **Zwang**, aus dem heraus eine Willenserklärung folgt, kann entweder die Bestimmung eines anderen zur Vornahme oder Duldung einer Handlung gegen seinen Willen durch unmittelbare körperliche Überwältigung, vis absoluta, oder durch Erregung von Furcht mittels Drohung, vis compulsiva, sein.

Bei der durch körperliche Überwältigung hervorgerufenen Willenserklärung ist der Erklärende in Wahrheit nur Werkzeug des Überwältigers, seine anscheinende Erklärung ist daher wegen des mangelnden Erklärungswillens rechtlich für ihn bedeutungslos, das Rechtsgeschäft daher nichtig.

Der durch Drohung zu seiner Erklärung Veranlaßte hat jedoch einen Erklärungswillen; derselbe ist nur durch die Drohung beeinflußt, sie daher nicht ipso jure nichtig, wohl aber gibt sie Grund zur Anfechtung.

In Rom setzte der Prätor durch eine in integrum restitutio propter metum den Gezwungenen in seine frühere Rechtslage wieder ein, im Bürgerlichen Gesetzbuche gibt § 123 dem durch Drohung zu einer Erklärung Bestimmten ein Anfechtungsrecht, das Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes von Anfang an bewirkt (§ 142 BGB.).

Die Anfechtungsfrist ist gleich der bei der Anfechtung durch Täuschung (vgl. die vorhergehende Stelle) auf ein Jahr von dem Zeitpunkte ab, in welchem die Zwangslage aufhört, festgesetzt, ausgeschlossen ist die Anfechtung, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre verstrichen sind (§ 124 BGB.).

Bedingung (§ 158—163 BGB.).

8.

§ 4. I. III, 15.

Allgemeines.

Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, velut „si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?“ si quis ita stipuletur „si in Capitolium non ascendero, dare spondes?“ perinde erit, ac si sipulatus esset cum morietur dari sibi. Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimns, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.

De verborum obligatione.

Unter einer Bedingung wird eine Stipulation eingegangen, wenn die Verbindlichkeit bis auf einen gewissen Fall aufgeschoben wird, sodaß die Stipulation fällig wird, wenn etwas geschehen sein wird oder nicht, z. B.: Gelobst du mir, wenn Titius Konsul wird, fünf Goldstücke zu geben?

Wenn jemand eine solche Stipulation eingeht: Gelobst du mir etwas zu geben, wenn ich nicht aufs Kapitol steige?, so wird angenommen, als wenn er stipuliert hätte, daß ihm etwas gegeben werde, wenn er sterben würde.

Aus einer bedingten Stipulation entsteht nur die Hoffnung, daß dereinst etwas geschuldet werde, und, wenn uns der Tod früher ereilt, als die Bedingung eintritt, so übertragen wir die Hoffnung selbst noch auf unsere Erben.

Digitized by Google

Bedingung, condicio, ist nach beiden Rechten ein ungewisser Umstand, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Wirkung eines Rechtsgeschäfts abhängig gemacht ist.

Die wichtigste Einteilung der Bedingungen ist die in aufschiebende, suspensive, auflösende, resolutive. Von ersterer spricht man, wenn nach dem Willen der Parteien die Wirkung des Rechtsgeschäfts erst mit der Erfüllung der Bedingung eintreten soll, von letzterer dagegen, wenn von ihrem Eintreten das Aufhören einer beabsichtigten und schon eingetretenen Wirkung eines Rechtsgeschäftes abhängt. Eine weitere Einteilung ist die in affirmative und negative Bedingungen. Erstere liegt vor, wenn eine zukünftige Änderung, letztere, wenn eine zukünftige Nichtänderung des gegenwärtigen Zustandes der bedingende Umstand ist.

Von der Bedingung ist zu unterscheiden die **Befristung.** Bei dieser wird das Eintreten oder das Aufhören eines Rechtsgeschäftes lediglich an eine zeitliche Schranke geknüpft, es hängt nicht von einem ungewissen Ereignis ab, sondern von Anfang an ist gewiß, daß der Zeitpunkt eintreten wird. Das befristete Rechtsgeschäft wird nach den gleichen Grundsätzen wie das bedingte behandelt, und zwar spricht man von einem Anfangstermin analog der Suspensivbedingung und von einem Endtermin analog der Resolutivbedingung.

In dem ersten der obigen Beispiele liegt eine affirmative Suspensivbedingung vor. Das zweite Beispiel enthält ein nichtiges Rechtsgeschäft, wenn man der zugefügten Bedingung den Sinn unterlegt: wenn der bedingt Berechtigte stirbt. Man spricht in diesem Falle von einer perplexen Bedingung, die das Rechtsgeschäft nichtig macht. Faßt man dagegen die Bedingung wörtlich auf: A soll Geld erhalten, wenn er nicht mehr auf das Kapitol steigt, so liegt eine sogenannte negative Potestativbedingung vor. Unter einer Potestativbedingung versteht man eine solche, die zur Erfüllung eine Handlung oder Unterlassung des bedingt Berechtigten verlangt. Quintus Mucius Scaevola stellte für diesen Fall, wenigstens bei Legaten, den Grundsatz auf, daß der so Berechtigte gegen Stellung einer Sicherheit für die eventuelle Wiederherausgabe das Versprochene sofort erhalten solle. Diese Sicherheit hat daher den Namen cautio Muciana. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt für diesen Fall in § 2075: Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht, daß der Bedachte während eines Zeitraumes von unbestimmter Dauer etwas unterläßt oder fortgesetzt tut, so ist, wenn das Unterlassen oder das Tun lediglich in der Willkür des Bedachten liegt, im Zweifel anzunehmen, daß die Zuwendung von der auflösenden Bedingung abhängig sein soll, daß der Bedachte die Handlung vornimmt oder das Tun unterläßt. Das bürgerliche Recht behandelt mithin in diesem Falle die aufschiebende Bedingung als eine auflösende mit entgegengesetztem Inhalt.

In analoger Anwendung dieser beiden Bestimmungen auf unser zweites Beispiel würde A sein Geld sofort erhalten, in Rom mußte er aber eine Sicherheit stellen, damit sich der Versprechende für seinen Rückforderungsanspruch sichern kann, der gegeben ist, wenn A aufs Kapitol steigt, im heutigen Recht wäre er ebenfalls bei der Zuwiderhandlung zur Rückgabe verpflichtet, ein Anspruch auf Sicherheitsleistung wäre jedoch nicht gegeben.

9.

L 77. Dig. 50, 17.

Bedingungsfeindliche Geschäfte.

De diversis regulis juris antiqui.

Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti eman-

Die gesetzlichen Akte, die keine Befristung und Bedingung zulassen, z. B.

Digitized by Google

cipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem. Nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiuut, quae aperte comprehensa vitiam adferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio exstiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

die Emanzipation, der Erlaß, der Erbschaftsantritt, das Wahlvermächtnis eines Sklaven, die Bestallung eines Vormundes, werden durch die Hinzufügung einer Bedingung oder Befristung ganz und gar ungültig. Zuweilen lassen jedoch die oben genannten Handlungen das stillschweigend zu, was, wenn es offen ausgedrückt ist, die Ungültigkeit herbeiführen würde. Denn wenn dem, der etwas unter einer Bedingung versprochen hat, das durch Akzeptilation erlassen ist, so scheint der Erlaß doch nur dann etwas ausgerichtet zu haben, wenn die Bedingung der Verbindlichkeit eingetreten ist. Wenn das namentlich in den Worten des Erlasses ausgedrückt wäre, so würde es die Handlung nichtig machen.

Die Hinzufügung einer Bedingung zu einem Rechtsgeschäft ist nicht immer zulässig. Die Unzulässigkeit kann darauf beruhen, daß das Rechtsgeschäft, dem eine Bedingung beigefügt ist, seiner Natur noch eine solche nicht verträgt, oder sie kann aus der Art des zur Bedingung gesetzten Umstandes folgern.

Bedingungsfeindliche Geschäfte waren in **Rom** die oben aufgeführten actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem (die sich leicht nach ihren Anfangsbuchstaben: hades merken lassen). Die Hinzufügung einer Bedingung machte diese Rechtsgeschäfte nichtig. Jedoch innerlich kann auch ihre Rechtswirkung von einer Bedingung abhängen, wie der Jurist am Beispiel des Erlasses einer bedingt abgeschlossenen Stipulation zeigt. In diesem Falle ist jedoch der Erlaß unbedingt abgeschlossen, lediglich die Bedingung der Stipulation wirkt noch auf ihn fort. Neben diesen actus legitimi sind noch weiterhin die meisten Rechtsgeschäfte des Familienrechtes bedingungsfeindlich.

Diese letzteren vertragen auch **im heutigen Recht** zum größten Teil keine Bedingung. Sonst sind nach dem Bürgerlichem Gesetzbuch noch folgende Rechtsverhältnisse keiner Bedingung zugängig: Aufrechnung, Auflassung, Mahnung, Kündigung, Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft, Wechselerklärung, Erteilung der Prokura und Generalvollmacht, Aktienzeichnung.

Ihrer Natur nach sind unzulässig die unerlaubten, unsittlichen und widersinnigen Bedingungen. Nicht als Bedingung sind anzusehen die sog. notwendigen, die unmöglichen und die auf vergangene oder gegenwärtige Tatsachen gestellten Bedingungen.

10.

L 2 pr. Dig. 18, 2.

Vorbehalt des besseren Angebotes. — **De in diem addictione.**

Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaesti-

Wenn ein Landgut mit dem Vorbehalt des besseren Gebots verkauft wird, so entsteht die Frage, ob der Kauf unbedingt abgeschlossen ist, aber

Digitized by Google

onis est. Et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis. Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Julianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.

unter einer Bedingung wieder aufgelöst wird, oder ob er vielmehr bedingt abgeschlossen worden ist. Mir scheint es am richtigsten, daß es auf die Absicht der Beteiligten ankomme. Denn ging deren Absicht dahin, daß, wenn ein besseres Gebot erfolgt, der Kauf rückgängig gemacht werden solle, so ist der Kauf unbedingt eingegangen, wird aber bedingt wieder gelöst. War hingegen die Absicht der Beteiligten darauf gerichtet, daß der Kauf vollendet sein sollte, wenn nicht ein besseres Gebot erfolgte, so ist der Kauf ein bedingt eingegangener.
Wenn also nach unserer Unterscheidung der Kauf als unbedingt abgeschlossen zu betrachten ist, so kann, sagt Julian, derjenige, der unter Vorbehalt des besseren Gebotes gekauft hat, die Sache ersitzen, deren Nutzungen ziehen und das Zubehör sich aneignen und hat derselbe die Gefahr zu tragen, wenn die Sache untergeht.

A hat von B ein Landgut gekauft unter der auflösenden Bedingung, daß der Kauf als nicht abgeschlossen gelten sollte, wenn dem B für dieses Landgut ein besseres Gebot abgegeben werden sollte, die sog. in diem addictio. Es ist nun die rechtliche Natur dieses Kaufes streitig, nämlich ob der Kauf unbedingt, oder ob der Kauf bedingt abgeschlossen sei, ob also eine Hauptwillenserklärung und eine auf Aufhebung dieser gerichtete, aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung oder ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt.

Der **römische Jurist** will auf die Absicht der Beteiligten das Hauptgewicht legen. Der Unterschied in den beiden zum Vergleich gestellten Sätzen liegt in der Negation. Ein unbedingtes Hauptgeschäft verbunden mit einem bedingten Nebengeschäft will der Jurist annehmen, wenn die Absicht der Beteiligten dahin ging: der Kauf soll nicht gelten, wenn die Bedingung eintritt, dagegen ein einheitliches Rechtsgeschäft, wenn ausgemacht ist: der Kauf soll gelten, wenn nicht die Bedingung eintritt. Diese Unterscheidung scheint mir nicht derartig, daß sie die Streitfrage lösen könnte.

Welche Stellung das **Bürgerliche Gesetzbuch** zu der Frage einnimmt, ist ebenfalls streitig. Herrschend ist wohl folgende Ansicht hinsichtlich der Beweislast, bei der die Frage hauptsächlich praktische Bedeutung für uns hat.

Bei der aufschiebenden Bedingung, die als einheitliches Rechtsgeschäft aufgefaßt wird, wird unstreitig die Beweislast des Eintritts der Bedingung dem Kläger gegeben, wenn sich der Beklagte dem Anspruch des Klägers gegenüber auf die zugefügte Bedingung beruft. Der Beklagte leugnet dann den Anspruch des Klägers, er sagt: Das von dir behauptete Rechtsgeschäft haben wir nicht abgeschlossen, sondern ein anderes, bedingtes z. B.: Du behauptest Kauf, ich leugne den Kauf, denn es liegt ein Kauf auf Probe vor.

Dagegen wird nach der herrschenden Meinung, wenn der Beklagte dem Anspruch des Klägers gegenüber eine auflösende Bedingung dem Rechtsverhältnis, auf das sich Kläger beruft, als zugefügt behauptet, dem Beklagten die Beweislast für die Bedingung auferlegt. Hieraus ergibt sich, daß zwei verschiedene

Digitized by Google

Rechtsgeschäfte angenommen werden. Der Kläger hat z. B. seiner Behauptungs- und Beweislast genügt, wenn er den einfachen Kauf behauptet und unter Beweis stellt. Macht der Beklagte als Einwendung eine auflösende Bedingung geltend, z. B. er habe das Pferd nur gekauft, wenn es binnen Jahresfrist nicht krank werde, so trifft ihn für diese Behauptung die Beweislast, es wird also angenommen, daß ein zweites, vom ersten zu sonderndes Rechtsgeschäft vorliegt.

Die volle Rechtswirksamkeit des bedingten Kaufvertrages trat nun nach römischem Recht je nach der Ansicht hinsichtlich der rechtlichen Natur des bedingten Rechtsgeschäfts zu verschiedenen Zeiten ein, wie der letzte Satz der Stelle lehrt. Im Bürgerlichen Gesetzbuch würden die angegebenen Folgen alle mit der Übergabe der gekauften Sache eintreten.

Vertretung (§ 164—181 BGB.).

11.

L 1. Dig. 14, 3.

Allgemeines.

Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus adquisitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum vel etiam hominem liberum, actione deficietur: ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint.

De institutoria actione.

Dem Prätor hat es billig geschienen, daß, sowie uns aus den Handlungen eines Vertreters Vorteil erwächst, wir auch aus dessen Verträgen verbindlich sind und belangt werden können. Aber dem, der einen Vertreter angestellt hat, gibt er nicht in jedem Falle eine Klage, sondern, wenn jemand seinen eigenen Sklaven zum Vertreter angestellt hat, so ist er auf Grund der ihm selbst erworbenen Klagen gesichert; wenn jemand aber einen fremden Sklaven oder einen freien Mann (als Vertreter genommen hat), so wird er keine Klage haben, jedoch den Vertreter selbst oder dessen Herrn mit der Auftrags- oder Geschäftsführungsklage belangen können. Marcellus aber sagt, es müsse dem, der einen Vertreter angestellt hat, eine Klage gegen die, die mit diesem Verträge abgeschlossen haben, gegeben werden.

Stellvertreter ist, wer ein Rechtsgeschäft für einen andern und an seiner Stelle vornimmt. Im heutigen Recht hat man zu unterscheiden die direkte oder unmittelbare und die indirekte oder mittelbare Stellvertretung. Bei ersterer wird das Rechtsgeschäft im Namen und auf Rechnung des Vertretenen, bei letzterer im Namen des Vertreters und auf Rechnung des Vertretenen abgeschlossen. Dem Dritten gegenüber wird bei ersterer lediglich der Vertretene, bei letzterer lediglich der Vertreter verpflichtet. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist nur die unmittelbare Stellvertretung behandelt, die mittelbare findet sich im Handelsgesetzbuch, z. B. im Institut des Kommissionärs.

Das **römische Recht** hat in strengem Festhalten an dem Grundsatz, daß die obligatio ein juris vinculum zwischen den sie abschließenden Personen sei, keine direkte Stellvertretung gekannt. Hausabhängige Personen erwarben, was sie erwarben, unmittelbar ihrem Herrn; gingen sie jedoch eine Verpflichtung

Digitized by Google

ein, so konnte sich der Dritte nur an sie, nicht an den Hausherrn halten. Besorgten nicht hausabhängige Personen oder zwar solche, aber die eines andern, für einen pater familias ein Geschäft, so verpflichteten sie ebenfalls nur sich selbst, sie berechtigten sich jedoch auch nur selbst, und der pater familias mußte sich erst der Auftrags- oder Geschäftsführungsklage bedienen, um das aus der Besorgung Erworbene zu erlangen. Ein Anspruch gegen den Dritten war im ersten Fall ohne weiteres gegeben, im zweiten dagegen lag ein solcher überhaupt nicht vor, vielmehr nur ein indirekter Zwang durch die Auftrags- und Geschäftsführungsklagen gegen den Geschäftsführer, seine Ansprüche gegen den Dritten geltend zu machen, um nicht selbst aus der Geschäftsbesorgung Schaden zu erleiden.

Um den Schwierigkeiten, die sich aus diesen Rechtsgrundsätzen für den Dritten ergaben, abzuhelfen, half der Prätor durch Zulassung der sog. actiones adjectitiae qualitatis. Das prätorische Recht gewährte unter bestimmten Voraussetzungen neben der Klage gegen den Geschäftsführer die gleiche Klage, teils beschränkt, teils unbeschränkt (vgl. die folgende Stelle) gegen den Gewalthaber und Auftraggeber, so daß der Handelnde und der, für den er handelte, in das Verhältnis von Korrealschuldnern traten. Die actiones adjectitiae qualitatis bilden somit ein Zwischenglied zwischen der mittelbaren und unmittelbaren Stellvertretung des heutigen Rechts. Von ersterer unterscheiden sie sich dadurch, daß sie nicht gegen den Geschäftsführer allein, von letzterer dadurch, daß sie nicht gegen den Geschäftsherrn allein gerichtet sind.

Marcellus hält es im obigen Beispiel auch weiter für richtig, daß die Anspruchsverfolgung des Geschäftsherrn gegen den Dritten erleichtert werde dadurch, daß in jedem Fall der Geschäftsherr eine Klage gegen den Dritten habe. Diese Ansicht ist nicht geltendes Recht geworden.

Bei der unmittelbaren Stellvertretung des **Bürgerlichen Gesetzbuches** scheidet der Vertreter als Vertragspartei aus, und es entstehen nur zwischen dem Dritten und dem Vertretenen Rechte und Pflichten.

12.

L 16. Dig. 15, 3.

Actio de peculio und de in rem verso.

Quidam fundum colendum servo suo locavit et boves ei dederat: cum hi boves non essent idonei, jusserat eos venire et his nummis qui recepti essent alios reparari: servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat, postea conturbaverat: qui boves vendiderat nummos a domino petebat actione de peculio aut quod in rem domini versum esset, cum boves pro quibus pecunia peteretur penes dominum essent. respondit non videri peculii quicquam esse, nisi si quid deducto eo, quod servus domino debuisset, reliquum fieret: illud sibi videri boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse tantum, quanti

De in rem verso.

Jemand überließ seinem Sklaven ein Grundstück, damit er es bebaute, und hatte ihm Ochsen gegeben. Da diese Ochsen nicht tauglich waren, so hatte er befohlen, sie zu verkaufen und mit dem Kaufpreis andere zu kaufen. Der Sklave hatte die Ochsen verkauft, andere gekauft, das Kaufgeld dem Verkäufer nicht gezahlt und war sodann in Geldverlegenheiten geraten. Der Verkäufer der Ochsen forderte das Geld vom Herrn mit der Klage aus dem Sondergute oder mit der Begründung, daß eine Verwendung zum Nutzen des Herrn stattgefunden habe, da die Ochsen, für welche das Geld gefordert wurde, sich bei dem Herrn befänden. Es ist darauf

Digitized by Google

priores boves venissent: si quo amplioris pecuniae posteriores boves essent, eius oporteredominum condemnari.

das Gutachten ergangen, es scheine von dem Sondergute nichts vorhanden zu sein, wenn nicht nach Abzug dessen, was der Sklave dem Herrn schuldig wäre, ein Überschuß vorhanden wäre. Er (Alfenus) sei der Ansicht, die Ochsen seien zwar zum Nutzen des Herrn verwendet worden, jedoch in soweit an die Stelle der alten gekommen, inwieweit diese Wert gehabt hätten. Wenn irgendwie die späteren Ochsen größeren Wert hätten, insoweit müsse der Herr verurteilt werden.

Bei den actiones adjectitiae qualitatis (vgl. die vorhergehende Stelle) war teils eine beschränkte, teils eine unbeschränkte Haftung des Gewalthabers Rechtens. Eine beschränkte Haftung fand statt bei den actiones de peculio, tributoria, quod jussu, eine unbeschränkte bei den actiones exercitoria, institutoria und de in rem verso.

In unserem Beispiel beruft sich der Dritte auf die actio de peculio und auf die de in rem verso.

Der Tatbestand der actio de peculio lag vor, wenn ein Gewaltuntergebener auf Grund des ihm tatsächlich zur selbständigen Verwaltung eingeräumten, rechtlich aber dem Herrn eigentümlich verbliebenen Sondergutes, peculium, Geschäfte abgeschlossen hatte. Die Haftung des Herrn beschränkte sich auf das peculium, und er war sogar noch berechtigt, sich wegen seiner Ansprüche an den Unterworfenen zunächst aus dem Sondergut zu befriedigen.

Die actio de in rem verso war gegeben, wenn der Gewalthaber durch ein Geschäft des Untergebenen reicher geworden ist. Er haftet dann bis zu dem Betrage dieser Bereicherung für die von dem Untergebenen eingegangenen Verpflichtungen.

Inwieweit in vorliegendem Falle Ansprüche aus beiden Klagen gegeben sind, ergeben die Gutachten.

Für die Auslegung der Stelle **nach heutigem Recht** muß man das sonderbare Rechtsverhältnis des peculium außer Betracht lassen. Es ergeben sich dann folgende Möglichkeiten:

Hat der Kauf im Namen und auf Rechnung des Geschäftsherrn stattgefunden, so wird lediglich dieser aus der Vertretung berechtigt und verpflichtet.

Ist er jedoch im Namen des Vertreters abgeschlossen, so haftet der Geschäftsherr nur, insoweit er aus dem Kauf bereichert worden ist.

13.

L 51 § 1 Dig. 21, 1.

Repräsentations- und Geschäftsherrntheorie.

De Aedilicio edicto.

Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbosum vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit: et cum ipse ignorans esse

Hinsichtlich der Person des Geschäftsführers ist es unzweifelhaft, daß, wenn er wußte, daß (der gekaufte Sklave) krank und fehlerhaft sei, er deswegen nicht klagen kann, obgleich er dem Geschäftsherrn mit der Auftrags- oder Geschäftsführungs-

Digitized by Google

vitiosum mandatu domini qui id sciret emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam.

klage verhaftet ist. Aber wenn er selbst nicht wußte, daß der Sklave fehlerhaft sei, im Auftrage des Herrn, der es wußte, gekauft hat und nun mit der actio redhibitoria auf Zurücknahme klagt, so glaubt der Jurist, daß ihm eine aus der Person des Herrn hergeleitete analoge Einrede nicht entgegenhalten werden könne.

Diese Stelle behandelt die Frage: Nach welchem der Vertragschließenden müssen die Voraussetzungen der Vornahme einer Handlung (Handlungsfähigkeit, Auslegung der Willenserklärung, Willensmängel, bona et mala fides, Kenntnis von Mängeln der Kaufsache usw.) und die Wirkungen des Rechtsgeschäfts beurteilt werden, nach dem Vertreter oder nach dem Vertretenen?

Im **römischen Recht** besteht über diese Frage Streit. Die einen, die Anhänger der Repräsentationstheorie, z. B. Windscheid und Laband, lassen die Voraussetzungen auf die Person des Vertreters fallen, die Wirkungen dagegen behandeln sie nach der Person des Vertretenen. Die andern, die Anhänger der Geschäftsherrntheorie, z. B. Savigny, lassen in allen Beziehungen die Person des Vertretenen entscheiden. Dritte endlich, z. B. Dernburg, nehmen eine vermittelnde Stellung ein; nach ihnen kommt das Rechtsgeschäft durch gemeinsames Handeln zu stande.

In unserm Beispiel ist die Repräsentationstheorie angewendet. Hinsichtlich der Kenntnis der Mängel der Kaufsache kommt nur die Person des Vertreters in Betracht. Kannte er den Mangel der Kaufsache, so kann er die actio redhibitoria nicht anstellen, kannte er ihn nicht, wohl aber der Geschäftsherr, so kann er sie geltend machen, ohne zu fürchten, daß ihm die Einrede, die dem Verkäufer zusteht, nämlich daß er nicht für Mängel der verkauften Sache hafte, da der Käufer den Mangel gekannt habe, entgegengehalten werde.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** hat grundsätzlich die Repräsentationstheorie rezipiert: Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Können gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht (§ 166 BGB.). Durchbrochen ist die Repräsentationstheorie zu gunsten der Geschäftsherrntheorie durch die Bestimmung des § 165 BGB.: Die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Eine weitere Durchbrechung ist gegeben, wenn die Stellvertretung durch Rechtsgeschäft begründet ist. Es schreibt für diesen Fall § 166, 2 BGB. vor, daß, wenn der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat, sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis der Vertreters berufen kann. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen mußte, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht.

Die Entscheidung unsrer beiden Beispiele nach dem Bürgerlichem Gesetzbuch ist nach diesen Vorschriften leicht gegeben; zu bedenken ist, daß das bürgerliche Recht nur von der unmittelbaren Stellvertretung handelt, das römische nur die mittelbare vor Augen hat. Die Inanspruchnahme des Dritten kann daher nach heutigem Recht nur durch den Vertretenen erfolgen. Hat der Vertreter den Mangel der Kaufsache gekannt, so kann der Vertretene nicht gegen den Dritten klagend vorgehen, ebenso nicht, wenn er den Mangel gekannt hat und der Vertreter als Bevollmächtigter des Vertretenen nach bestimmten Weisungen gehandelt hat.

Digitized by Google

Verjährung (§ 194—225 BGB.).

14.

L 7 § 6 C. 7, 39.

Actio nata.

In his etiam promissionibus vel legatis vel aliis obligationibus, quae dationem per singulos annos vel menses aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum praescriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni vel mensis vel alterius singularis temporis computari manifestum est.

De praescriptione XXX vel XL annorum.

Es ist klar, daß bei denjenigen Versprechungen, Legaten oder anderen Obligationen, die eine Hingabe für einzelne Jahre oder Monate oder für einen anderen Zeitpunkt festsetzen, der Lauf der erwähnten Verjährungsfristen nicht vom Abschluß einer solchen Obligation, sondern vom Ende jedes Jahres oder Monats oder sonst bestimmten Zeitraums gerechnet wird.

Diese Stelle behandelt die schwierige Frage: Wann ist actio nata eines Anspruchs gegeben, d. h. von welchem Augenblick an beginnt die Verjährung zu laufen?

Zwei Theorien stehen sich gegenüber. Nach der sog. Verletzungstheorie beginnt die Verjährung des Anspruchs nicht schon mit seiner Entstehung, sondern erst beim Vorliegen einer Rechtsverletzung durch den Anspruchsgegner. Nach der herrschenden Theorie dagegen beginnt die Verjährung des Anspruchs, sobald der Anspruch entstanden und unbefriedigt ist. Diese Theorie hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch rezipiert, es bestimmt in § 198: Die Verjährung beginnt mit Entstehung des Anspruchs. In sachenrechtlichen Fällen ist dieser Zeitpunkt gegeben, sobald durch einen andern ein Zustand herbeigeführt wird, der dem Rechte widerspricht. Bei obligatorischen Rechtsverhältnissen fällt regelmäßig der Beginn der Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs zusammen. Bei einem Rechtsverhältnisse mit wiederkehrenden Leistungen wie in unserm Falle verjähren daher die einzelnen Leistungen von ihrer Fälligkeit ab.

Selbstverteidigung (§ 227—231 BGB.).

15.

L 45 § 4 Dig. 9, 2.

Notwehr und Notstand.

Qui cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt. Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Acquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.

Ad legem Acquiliam.

Wer Schaden durch Verschulden angerichtet hat, ist, wenn er auf andere Weise sich nicht retten konnte, unschuldig. Denn Gewalt mit Gewalt abzuwehren, erlauben alle Gesetze und Rechte. Habe ich aber, um mich zu verteidigen, einen Stein nach meinem Gegner geworfen, aber nicht ihn, sondern einen anderen Vorübergehenden getroffen, so hafte ich nach der lex Acquilia, denn nur gegen den, der Gewalt anwendet, darf wieder gewalttätig vorgegangen werden, aber auch dies nur, wenn es zum Schutze, nicht auch, wenn es aus Rache geschehen ist.

Digitized by Google

Bei einer unter gewöhnlichen Umständen zum Schadenersatz verpflichtenden Handlung (vgl. Stelle Nr. 60) ist die Ersatzpflicht ausgeschlossen, wenn der Handelnde in der Lage der Selbstverteidigung und Selbsthilfe sich befunden hat. Für das römische Recht gibt obige Stelle die Behandlung der Selbstverteidigung an. Im heutigen Recht gelten die Vorschriften der §§ 227, 228 BGB.

Nach § 227 ist eine durch Notwehr gebotene Handlung nicht widerrechtlich. In Übereinstimmung mit § 53 StGB. ist als Notwehr diejenige Verteidigung bezeichnet, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Andern abzuwehren. Da die durch Notwehr gebotene Handlung nicht widerrechtlich ist, so begründet sie auch keine Pflicht zum Schadenersatz.

Nach § 228 handelt nicht widerrechtlich, wer eine fremde bewegliche Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Andern abzuwenden, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadenersatz verpflichtet.

Recht der Schuldverhältnisse.

Inhalt der Schuldverhältnisse (§ 241—304 BGB.).

16.

L 26 § 9 Dig. 12, 6.

Zivil- und Naturalobligation.

Filius familias contra Macedonianum mutuatus si solverit et patri suo heres effectus velit vindicare nummos, exceptione summovebitur a vindicatione nummorum.

De condictione indebiti.

Wenn ein Haussohn, der ein Darlehen aufgenommen hat, trotz der Bestimmung des Senatuskonsultum Macedonianum gezahlt hat und, nachdem er Erbe seines Vaters geworden ist, die Gelder zurückfordern will, so wird er durch eine Einrede von der Rückforderung der Gelder zurückgewiesen.

Nach dem Senatuskonsultum Macedonianum (vgl. Nr. 44) konnte sich der Haussohn, der aus dem mutuum auf Rückzahlung der dargeliehenen Gelder belangt wurde, durch die exceptio S. C. Macedoniani von der Rückzahlung befreien. Hatte er jedoch einmal gezahlt, so konnte er das Gezahlte nicht zurückfordern, denn das Darlehen an Hauskinder erzeugt eine **obligatio naturalis**, die nicht klagbar war, sonst aber alle Wirkungen der obligatio civilis hatte.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** kennt zwei Arten von Naturalobligationen:

1. Solche, die in jeder Beziehung einer Zivilobligation gleichen, nur nicht eingeklagt werden können, z. B. § 222 BGB., der verjährte Anspruch,
2. solche, die nur in der Hinsicht obligatorischen Charakter haben, daß das bereits Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann, z. B. Spiel- und Wettschulden, Lohn eines Ehemaklers.

Eine ähnliche Behandlung erfahren die sogenannten ethischen und sozialen Verbindlichkeiten, die in einer Anstands- oder sittlichen Pflicht

Digitized by Google

ihren Grund haben. Der Unterschied von den Naturalobligationen liegt darin daß das auf eine derartige Verbindlichkeit Gewährte nicht als Erfüllung, sondern als Schenkung gilt.

Gesamtgläubigerverhältnis und Wahlschuld (§ 262—265, 428—430 BGB.).

17.

L 128 Dig. 45, 1.

De verborum obligationibus.

Si duo rei stipulandi ita exstitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur, ei, qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur, quia non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis, quae nulla est. eadem ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit eius esse, non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

Wenn zwei an einer Stipulation Beteiligte in der Art vorhanden sind, daß der eine gültig, der andere aber ungültig stipuliert hat, so wird demjenigen nicht rechtsgültige Zahlung geleistet, der keinen verpflichteten Vorsprecher hat, weil ihm nicht für den andern gezahlt wird, sondern wegen der mit ihm eingegangenen Verbindlichkeit, die nichtig ist.

Aus demselben Grunde wird auch, wenn jemand den Stichus oder den Pamphilus stipuliert hat und die Verbindlichkeit nur hinsichtlich des einen rechtsgültig war, weil der andere schon Eigentum des Stipulators war, auch wenn er inzwischen aufgehört hatte, ihm zu gehören, dieser rechtsgültig nicht entrichtet, weil sich zwar die Verbindlichkeit auf beide bezieht, nicht aber die Zahlung.

Im ersten Beispiel liegt ein Gesamtgläubigerverhältnis vor derart, daß jeder der Gläubiger die gesamte Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (§ 428 BGB.). Es steht in diesem Falle dem Schuldner frei, wem er leisten will. Wie ist nun zu entscheiden, wenn der Schuldner an den einen von zwei Gesamtgläubigern geleistet hat, dessen Verbindlichkeit aus irgend einem Grunde nichtig gewesen ist? In diesem Falle wird er, wie obige Stelle richtig entscheidet, nicht von der Leistung an den andern Gläubiger befreit.

Im zweiten Beispiel liegt ein Wahlschuldverhältnis vor, eine Alternativobligation. Mehrere Leistungen, Stichus oder Pamphilus, werden in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere bewirkt zu werden braucht (§ 262 BGB.), mehrere Leistungen sind in obligatione, aber nur eine in solutione. Im gegebenen Beispiel ist nun bei Abschluß der Stipulation die eine der geschuldeten Leistungen schon im Eigentum des Gläubigers gewesen. Eine Stipulation über diese Sache ist daher als z. B. Kauf der eigenen Sache nichtig (wenigstens für das römische Recht, im bürgerlichen Recht wäre es unter Umständen möglich). Es verwandelt sich dann die Wahlschuld in eine einfache Schuld infolge des Unmöglichwerdens der andern Leistung (§ 265 BGB.).

Digitized by Google

Zinsen (§ 246—248 BGB.).

18.

L 26 pr. Dig. 12, 6.

De condictione indebiti.

Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit: sed si supra legitimum modum solvit, divus Severus rescripsit (quo jure utimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum et, si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. Quid si simul solverit? Poterit dici et tunc repetitionem locum habere.

Wenn jemand nicht das Kapital, sondern nicht geschuldete Zinsen gezahlt hat, so wird er dieselben nicht zurückfordern können, wenn er sie für ein geschuldetes Kapital gezahlt hat. Aber wenn er über das gesetzlich festgesetzte Maß hinaus (Zinsen) gezahlt hat, so hat der hochselige Severus dahin seine Bestimmung getroffen, und dies Recht findet bei uns Anwendung, daß sie zwar nicht zurückgefordert werden können, aber auf das Kapital zu verrechnen seien, und daß, wenn nachher das Kapital gezahlt worden ist, es in dieser Höhe gleichsam als nicht geschuldet zurückgefordert werden könne. Deshalb werden auch, wenn das Kapital schon vorher gezahlt sein sollte, die über das gesetzliche Maß hinaus gezahlten Zinsen gleichsam als nicht geschuldetes Kapital zurückgefordert. Wie, wenn er zugleich gezahlt haben sollte? Man wird sagen können, daß auch dann die Rückforderung Platz greift.

Zinsen sind die vom Schuldner einer quantitätvertretbaren Sache zu entrichtende fortlaufende Vergütung für den Gebrauchswert des Kapitals, ausgedrückt in einer Quote des Kapitals.

Die Zinspflicht gründet sich auf Gesetz, usurae legales (nicht legitimae, welche die gesetzlich erlaubten Zinsen bezeichnen), oder auf Vereinbarung. Letztere kann formlos geschehen, und es ist in der Zahlung und Annahme von Zinsen eine derartige formlose Vereinbarung zu sehen, sodaß in diesem Falle die gezahlten Zinsen nicht zurückgefordert werden können. Ein Rückforderungsrecht besteht aber, wenn Zinsen über das gesetzliche Maß hinaus gezahlt worden sind. In diesem Falle war jedoch für das römische Recht nach obiger Stelle für den Gläubiger eine günstige Lage dadurch geschaffen, daß er die über das gesetzlich erlaubte Maß gezahlten Zinsen auf das Kapital verrechnen konnte.

Die Höhe des gesetzlich erlaubten Zinsfußes ist vielfachen Schwankungen ausgesetzt gewesen.

Nach den 12 Tafeln soll eine uncia, $1/12$ des Kapitals, also $8\,1/3$ Proz., das Zinsmaximum gebildet haben. Später soll es auf eine semiuncia, auf $1/24$, herabgesetzt sein, bis eine lex Geuncia das Zinsnehmen unter römischen Bürgern überhaupt verboten haben soll. Seit der Republik bis Augustus ist das gewöhnliche Zinsmaß auf 12 Proz. festgesetzt worden; Justinian bestimmte, daß gewöhnlich 6 Proz., für Kaufleute 8 Proz. und für Landleute 4 Proz. Zinsmaß sein sollte. Das Kanonische Recht verbot überhaupt das Zinsnehmen, außer für die Kirche. Dies ging in das gemeine Recht über, bis um 1600 das Institut der landesüblichen Zinsen geschaffen wurde, das 5 Proz. als Zinsmaximum festsetzte.

Digitized by Google

Sodann bestimmte das Reichsgesetz betreffend die vertragsmäßigen Zinsen von 1867, daß der gesetzliche Zinsfuß 4 Proz. betrage, daß aber die vertragsmäßigen Zinsen an keine Schranken gebunden wären. Dem sich aus letzter Bestimmung ergebenden Auswüchsen trat das Wuchergesetz von 1880 entgegen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Bestimmungen beider Gesetze aufgenommen § 246—248, § 138 BGB. Im besonderen hat es noch bestimmt, daß bei einem Zinsfuß von mehr als 6 Proz. bei jedem Vertrag eine Kündigung nach 6 Monaten mit sechsmonatiger Kündigungsfrist zulässig sei.

Bei beiderseitigen Handelsgeschäften beträgt nach § 352 HGB. der gesetzlich präsumierte Zinsfuß 5 Proz.

Verzug.

19.

L 21 § 3 Dig. 19, 1.

Schuldnerverzug.

Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboravit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit, merito, quia sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit.

De actionibus empti venditi.

Wenn es an dem Verkäufer gelegen hat, daß er die verkaufte Sache nicht übergeben hat, so wird der ganze Vorteil des Käufers in Anschlag gebracht, sobald er nur als unmittelbare Folge anzusehen ist. Denn wenn er z. B. mit dem gekauften Wein hat ein Geschäft machen und Gewinn ziehen können, so ist dies ebensowenig in Berechnung zu bringen, als wenn er Weizen gekauft und, weil dieser nicht zur rechten Zeit übergeben worden ist, sein Gesinde hat Hunger leiden müssen. Denn man erhält bloß den Wert des Weizens, nicht auch den der vor Hunger gestorbenen Sklaven. Und die Verbindlichkeit wird durch die Verzögerung nicht größer, wiewohl sie an sich wachsen kann, wenn z. B. der Wein heute teurer ist. Und zwar mit Recht, weil, wenn er übergeben worden wäre, der Käufer ihn haben würde, wenn aber nicht, er wenigstens jetzt übergeben werden muß, während er schon längst hätte übergeben werden sollen.

Der Verkäufer einer Sache ist verpflichtet, die Sache dem Käufer zu übergeben. Leistet er trotz Fälligkeit und Mahnung schuldhafterweise nicht, so kommt er mit seiner Leistung in Verzug und hat dem Käufer das Interesse an der rechtzeitigen Leistung zu ersetzen. Obige Stelle grenzt dieses Interesse sehr eng ein. Nach römischem Recht ist nur die Leistung des Schuldners unmittelbar zu ersetzen, nicht auch der aus der Nichtleistung entspringende Schaden. Demgegenüber läßt das Bürgerliche Gesetzbuch als Folge des Schuldnerverzuges Schadenersatz eintreten und bestimmt in § 252, daß der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt, nach dem Bürgerlichem Gesetzbuch der Käufer also in obigem Beispiel den Gewinn, den derselbe aus dem in Aussicht ge-

Digitized by Google

nommenen Weinverkauf hätte ziehen können, einfordern kann. Eine weitere Beschränkung der Verzugsfolgen des Schuldners im römischen Recht gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuche ergibt sich aus dem letzten Satz der Stelle. Dieser besagt, daß der Käufer, wenn z. B. der Wein vier Wochen nach festgesetzter Lieferungszeit, als nun der Verkäufer in der Lage war zu leisten, teurer geworden ist, nur den zuerst vereinbarten Preis zu zahlen hat. Es geht hieraus hervor, daß der Käufer kein Rücktrittsrecht wegen Verzugs des Verkäufers hat, daß also der Gläubiger trotz Verzugs des Schuldners seinerseits erfüllen muß. Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt bei Verzug des Schuldners in weitem Umfange ein Rücktrittsrecht des Gläubigers eintreten. Wenn nämlich bei einseitigen Verträgen die Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, so kann der Gläubiger unter Ablehnung der verspäteten Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Auch bei gegenseitigen Verträgen ist dieses Rücktrittsrecht unter der gleichen Voraussetzung ohne weiteres ergeben. Hat jedoch die Leistung noch Interesse, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er Erfüllung und Verzögerungsschaden verlangen will oder eine Nachfrist setzen will mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehnen und sodann vom Vertrage zurücktreten will.

Gläubigerverzug (§ 293—304 BGB.).

20.

L 1 § 3 Dig. 18, 6.

De periculo et comodo rei venditae.

Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad mediendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, landandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.

Der Verkäufer darf aber auch den Wein ausschütten, wenn er einen Zeitpunkt zur Zumessung festgesetzt hat und diese innerhalb dieser Zeit nicht erfolgt ist. Er kann jedoch nicht sofort den Wein ausschütten, bevor er nicht den Käufer vor Zeugen aufgefordert hat, den Wein abzuholen oder sonst zu gewärtigen, daß der Wein ausgeschüttet würde. Wenn er dennoch, obgleich er berechtigt war, auszuschütten, dies nicht getan hat, dann ist er mehr zu loben. Er kann deshalb auch Mietzins für die Fässer verlangen, jedoch nur dann, wenn er an der Ausleerung der Fässer ein Interesse hatte, z. B. wenn er sie vermietet haben würde oder andere Fässer zu mieten gezwungen war. Es ist aber angebrachter, Fässer zu mieten und den Wein nicht eher herauszugeben, bis ihm der Käufer den Mietzins bezahlt, oder den Wein gewissenhaft zu verkaufen, d. h. sich bemühen, soweit es ohne seinen eigenen Nachteil geschehen kann, daß dem Käufer möglichst wenig Schaden aus dem Verkauf erwächst.

Digitized by Google

Ein Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm gehörig angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293, 294 BGB.). Die Wirkungen des Gläubigerverzuges sind mannigfacher Art: Nach beiden Rechten hat der Schuldner während des Verzuges nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 300 BGB.), ferner geht bei Gattungsschulden die Gefahr auf den Gläubiger über (§ 300 BGB.), die Zinspflicht des Schuldners hört auf (§ 301 BGB.), und der Schuldner hat nur solche Früchte während der Verzugszeit herauszugeben, die er zieht, nicht die er hätte ziehen müssen (§ 302 BGB.).

Weiter hatte nach römischem Recht obiger Stelle gemäß der Schuldner das Recht, den Gegenstand aufzugeben, zu derelinquieren unter der Voraussetzung, daß er unter Zeugen dem Gläubiger die Besitzaufgabe angedroht hatte. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist nur bei einem Grundstücksverkauf der Schuldner zur Aufgabe berechtigt und zwar ebenfalls erst nach vorhergehender Androhung (§ 303 BGB.). Andere Gegenstände kann er nur hinterlegen, und zwar in natura bei den öffentlichen Hinterlegungsstellen Geld, Wertpapiere, Urkunden und Kostbarkeiten (§ 372 BGB.), die nicht hinterlegungsfähigen Sachen kann er versteigern lassen und sodann den Versteigerungserlös hinterlegen (§ 383 BGB.). Des weiteren kann nach beiden Rechten der Schuldner Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte (§ 304 BGB.).

Draufgabe (§ 336—345 BGB.).

21.

L 35 pr. Dig. 18, 1.

Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio.

De contrahenda emptione.

Oft wird beim Kauf eine Draufgabe gegeben. Dieselbe erfolgt nicht deshalb, als wäre das Übereinkommen ohne Draufgabe wirkungslos, sondern damit augenscheinlicher bewiesen werden kann, daß man sich über den Kaufpreis geeinigt habe.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, wie auch das römische Recht kennen zwei Bestärkungsmittel der Verträge, die Draufgabe, arrha, und die Vertragsstrafe, pactum conventionale. Erstere ist das gelegentlich des Abschlusses eines Vertrages von der einen Partei an die andere Geleistete, § 336 BGB., letztere dagegen ist eine Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder in nicht gehöriger Weise erfüllen würde (§ 339 BGB.). (Die Konventionalstrafe ist nicht zu verwechseln mit der Verwirkungsklausel, lex commissoria, bei welcher für den Fall der Nichterfüllung nicht eine Leistung versprochen wird, sondern vielmehr dem Säumigen das Recht auf eine Leistung entzogen wird.)

Das römische Recht kannte die arrha in vierfacher Gestalt:

1. arrha confirmatoria, gegeben als Zeichen des Geschäftsabschlusses,
2. arrha poenalis, eine Hingabe zu Strafzwecken, die der verliert, der den Vertrag vereitelt;
3. arrha poenitentialis, das Reugeld für den Rücktritt vom Vertrage,
4. arrha constitutiva, eine Hingabe, durch die das Geschäft erst zu stande kommt, die zur Form des Geschäftsabschlusses gehört (z. B. Mietstaler).

Digitized by Google

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt die arrha zu 1—3 (§ 336, 338). Art. 90 EG. z. BGB. hält die arrha constitutiva aufrecht.

Nach beiden Rechten gilt im Zweifel eine arrha als confirmatoria, wie obige Stelle zeigt, nach § 338 BGB. hat sie aber zugleich den Charakter als arrha poenalis.

Rücktritt (§ 346—361 BGB.).

22.

L 15 § 1 Dig. 18, 2.

Rücktritt beim Vorbehalt des besseren Angebotes.

Si fundus in diem adictus fuerit pluris ut quaedam ei accedant, quae non accesserunt priori emptori, si non minoris sint hae res, quam quo pluris postea fundus venierit, prior venditio valet, quasi melior condicio allata non sit: si minoris sint. idemque aestimandum est, si dies longior pretii solvendi data fuerit, ut quaratur, quantum ex usura eius temporis capi potuerit.

De in diem addictione.

Wenn ein unter dem Vorbehalt des besseren Angebotes verkauftes Landgut an einen Anderen teurer verkauft worden ist, jedoch unter der Bedingung, daß noch einige Sachen dazu gelegt werden sollen, die dem ersten Käufer nicht mit hinzugegeben worden sind, so gilt der erste Kauf, wenn nicht der Wert dieser Sachen geringer ist, als um wieviel mehr das Landgut verkauft worden ist, gleich als ob ein besseres Angebot nicht herbeigeführt ist, wenn jene nicht geringeren Wert haben. Auf gleiche Weise ist zu entscheiden, wenn (dem zweiten Käufer) eine längere Zahlungsfrist gestellt ist, so daß danach geforscht werden muß, wieviel (der Verkäufer) während dieser Zeit an Zinsen (von dem Kaufpreis des ersten Käufers) hätte ziehen können.

Ein Rücktritt von einem Vertrag ist zulässig, wenn er vertragsmäßig vereinbart worden ist, oder wenn er gesetzlich erlaubt ist.

Ein **vertragsmäßiger** Rücktritt kann gegeben sein, wenn der Rücktrittsberechtigte den Rücktritt sich für den Fall vorbehalten hat, daß er mit einem andern über den Vertragsgegenstand einen ihm günstigeren Vertrag abschließen kann. Im römischen Recht bezeichnete man diese Abrede mit in diem addictio. Erforderlich war hierbei, daß eine festbestimmte Frist vereinbart worden war. Nach bürgerlichem Recht könnte mangels einer Zeitbestimmung der Gegner eine angemessene Frist bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt (§ 335 BGB.).

Das zweite Angebot muß tatsächlich, nicht bloß den Worten nach ein besseres sein, und es liegt, wie obige Beispiele zeigen, kein besseres Angebot vor, wenn der Kaufpreis zwar höher, dafür aber der Kaufgegenstand erweitert oder das Zahlungsziel hinausgeschoben ist, wenn die Erweiterung oder die Hinausschiebung lediglich der Erhöhung entsprechen.

Digitized by Google

Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 362—371 BGB.).

23.

L 2 Dig. 46, 2.

Novatio.

Omnes res transire in novationem possunt quodcumque enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione, dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut nocetur obligatio: ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes.

De novationibus et delegationibus.

Alle Verbindlichkeiten können in eine Obligation übergehen. Denn was auch immer, sei es durch Worte oder nicht durch Worte, kontrahiert ist, kann noviert werden und aus jeder Verbindlichkeit in eine Verbindlichkeit aus Worten übergehen. Nur müssen wir wissen, daß eine Novation nur dann stattfindet, wenn dies beabsichtigt wird, daß die Verbindlichkeit noviert werden soll. Sonst, wenn dies nicht beabsichtigt wird, werden zwei Verbindlichkeiten vorhanden sein.

Novatio est transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem vel civilem, vel naturalem, Novation ist die Umwandlung einer alten Schuld in eine neue Verbindlichkeit, die auf dasselbe Ziel gerichtet ist.

Sie diente **im römischen Recht** verschiedenen Zwecken. Trat bei ihr ein Dritter in eine Verbindlichkeit ein, so bezweckte sie entweder eine Schuldübernahme, falls auf seiten des Schuldners, oder eine Übertragung der Forderung, falls auf seiten des Gläubigers der Parteiwechsel stattfand. Die novatio ohne Personenwechsel diente zur Erfüllung einer Verbindlichkeit. Über letztere handelt obige Stelle, über erstere siehe die Stelle über die Schuldübernahme Nr. 26.

Erforderlich war bei der novatio das Bestehen einer alten Verbindlichkeit, das Entstehen einer neuen an deren Stelle und der animus novandi. Letzterer sollte nach einer Bestimmung Justinians expressis verbis ausgedrückt sein. Obiges Beispiel spricht sich jedoch mit der herrschenden Praxis dahin aus, daß auch eine novatio tacita stattfinden konnte, daß aber der Novationswille nicht präsumiert werden sollte.

Zu unterscheiden von der novatio ist das constitutum. Bei diesem trat die neue Verbindlichkeit neben die alte, nicht wie bei der novatio an die Stelle der alten, es war ferner formlos, während die novatio an die Stipulationsform gebunden war. Auch bei ihm konnte ein Personenwechsel eintreten, aber nur auf der Schuldnerseite, man sprach dann vom constitutum debiti alieni zum Unterschied vom constitutum debiti proprii. Dies constitutum debiti alieni diente den gleichen Zwecken wie die Verbürgung, nur war das constitutum selbständig, während die Bürgschaft akzessorische Natur hat.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** spricht im Zweifel eine Vermutung für das constitutum und gegen die novatio. § 364, 2 bestimmt: Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt.

Digitized by Google

Aufrechnung (§ 387—396 BGB.).

24.

L 7 Dig. 16, 2.

De compensationibus.

Quod in diem debetur, non compensabitur antequam dies venit, quamquam dari oporteat. Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei judicatae exceptio obici potest. aliud dicam, si reprobavit pensationem quasi non existente debito. tum enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.

Was auf einen bestimmten Termin geschuldet wird, wird nicht aufgerechnet werden können, ehe der Termin gekommen ist. Wenn der Richter keine Rücksicht auf die Aufrechnung genommen hat, so bleibt die Forderung unversehrt, denn es kann ja nicht die Einrede der entschiedenen Sache entgegengehalten werden. Anders werde ich entscheiden, wenn er die Aufrechnung deswegen, weil die Schuld nicht vorhanden ist, verworfen hat. Dann nämlich wird mir die Einrede der entschiedenen Sache schaden.

Compensatio est debiti ac crediti inter se contributio, Aufrechnung ist die Tilgung einer Forderung durch Anrechnung einer fälligen gleichartigen Gegenforderung des Schuldners.

Die Voraussetzungen der Aufrechnung sind daher Gleichartigkeit der Forderungen, Gegenseitigkeit, Fälligkeit und Rechtsbeständigkeit. In beiden Rechten kann daher, wie der erste Satz obiger Stelle lehrt, nicht mit einer befristeten Forderung aufgerechnet werden.

Der zweite Satz behandelt die Frage: Welche Wirkung hat die Aufrechnung, resp. die Aufrechnungsmöglichkeit?

Das altrömische Recht kannte nur den Aufrechnungsvertrag, erst im späteren Recht wurde die einseitige Aufrechnung anerkannt. Dieselbe mußte geltend gemacht werden durch die exceptio doli. Jedoch gab der Satz ipso jure compensatur Anlaß zu einem Streit über obige Frage. Die einen, unter ihnen Martinus und Dernburg, sagen, daß mit ihrem Gegenübertreten sich die Forderungen ohne weiteres kompensieren, und daß der Richter von Amtswegen auf kompensable Forderungen Rücksicht nehmen müsse. Azo verlangte dagegen eine menschliche Tätigkeit. Diese Ansicht ist im Bürgerlichen Gesetzbuch rezipiert: Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teil; sie bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, in dem Zeitpunkte als erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübertreten (§ 388, 389 BGB.).

Wenn also in einem Streitfalle der Schuldner eine zur Aufrechnung geeignete Forderung nicht geltend gemacht hat, so wird auf diese Forderung keine Rücksicht genommen, anderseits verliert er sie aber natürlich auch nicht. Hat der Beklagte die Gegenforderung aber geltend gemacht, so bestimmt § 302, 2 CPO. im Einklang mit obiger Stelle, daß die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig ist.

Digitized by Google

Erlaß (§ 397 BGB.).

25.

§ 1 u. 2. I. III, 29.

Acceptilatio Acquiliana.

Item per acceptilationem tollitur obligatio. est autem acceptilatio imaginaria solutio. quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere: „quod ego tibi promisi habesne acceptum"? et Titius respondeat „habeo": sed et Graece potest acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet:

ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών.

quo genere ut diximus tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae: consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi: sed id, quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi. sicut autem quod debetur pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest. Est prodita stipulatio, quae vulgo Acquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. stipulatio enim Acquiliana novat omnes obligationes.

Quibus modis obligatio tollitur.

Ferner wird eine Verbindlichkeit durch ſtipulationsweiſe Annahme als Empfangen aufgehoben. Stipulationsweiſe Annahme als Empfangen iſt eine bildliche Zahlung. Denn was aus einer Verbindlichkeit aus Worten dem Titius geſchuldet wird, das kann, wenn Titius es erlaſſen will, auf folgende Weiſe geſchehen, daß er den Schuldner folgende Worte ſagen läßt: Was ich dir verſprochen habe, nimmſt du es als empfangen an? und Titius dann antwortet: ich nehme es an. Dieſe Annahme kann auch griechiſch geſchehen, wenn ſie nur ſo vor ſich geht, wie ſie in lateiniſchen Worten zu geſchehen pflegt: Haſt du ſoviele Denare empfangen? Ich habe ſie erhalten. Auf dieſe Art werden, wie geſagt, nur diejenigen Verbindlichkeiten aufgehoben, die durch Worte begründet werden, nicht auch die übrigen. Denn es ſchien folgerichtig, daß eine durch Worte gegründete Obligation wieder durch Worte aufgelöſt werden konnte. Es kann aber auch das, was aus einem anderen Grunde geſchuldet wird, in eine Stipulation übergeleitet und dann durch Akzeptilation aufgelöſt werden. Wie man aber das, was man ſchuldig iſt, auch teilweiſe gültig zahlen kann, ſo kann auch ſtipulationsweiſe Annahme als Empfangen teilweiſe geſchehen. Es gibt eine Stipulation, die gewöhnlich die acquilianiſche genannt wird, vermöge deren jede Art von Obligationen in eine Stipulation umgewandelt und ſodann durch Akzeptilation aufgehoben wird, denn die stipulatio Acquiliana noviert alle Obligationen.

Erlaß iſt die Befreiung des Schuldners durch Vertrag mit dem Gläubiger.

Im **römiſchen Recht** war der Erlaßvertrag ſtreng formal, und zwar bedurfte er des contrarius actus der Begründung der Obligation; beim Konſenſualkontrakt wurde Diſſens, beim Realkontrakt retraditio, beim Litteralkontrakt expensilatio und beim Verbalkontrakt, der stipulatio, acceptilatio verlangt. Dieſe beſtand, wie obige Stelle lehrt, in einem Austauſch von Worten.

Digitized by Google

Der Schwierigkeit, diesen Formvorschriften zu genügen, half zum Teil der Prätor Acquilius Gallus ab, dadurch daß er ein Formular schuf, nach dem jede Verbindlichkeit in einen Verbalkontrakt umgeschaffen und sodann durch acceptilatio erlassen wurde.

Neben diesen strengen Erlaßformen kannte das römische Recht noch das dem prätorischen Recht entspringende, formlose pactum de non petendo. Während jedoch die strengen Erlaßformen ipso jure die Auflösung des Vertrages herbeiführten, gab das pactum nur eine Einrede.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** ist der Erlaß, dessen Wirkung in gleicher Weise durch den sog. negativen Anerkennungsvertrag herbeigeführt wird, bei welchem der Gläubiger dem Schuldner gegenüber anerkennt, daß ein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen ihnen nicht bestehe (§ 397, 2), ein abstrakter Vertrag, losgelöst von dem der Begründung des abzulösenden Vertrages zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes, und wirkt ipso jure schuldtilgend (§ 397 BGB.).

Schuldübernahme (§ 414—419 BGB.).

26.

L 1 Dig. 16, 1.

Schuldübernahme durch eine Frau.

Velleiano senatus consulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent. Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis et pleraque ipso iure non valent, ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris. Aequum autem visum est ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur: magis enim ille quam creditor mulierem decepit.

Ad senatus consultum Velleianum.

Durch das S. C. Velleianum ist auf das vollständigste dafür gesorgt worden, daß Frauen für niemandes Schulden eintreten; denn ebenso, wie durch die Sitten den Frauen staatsbürgerrechtliche Dienstleistungen entzogen worden sind und die meisten ohne weiteres keine rechtliche Wirkung haben, so war ihnen noch vielmehr eine solche Dienstleistung zu entziehen, bei welcher es sich nicht um Mühe allein und um einen bloßen Dienst handelte, sondern auch ihr Vermögen gefährdet war.

Es hat aber billig geschienen, daß man einer Frau (die für die Schuld eines anderen eingetreten war), so zu Hilfe kam, daß gegen den alten Schuldner oder gegen den, der eine Frau als Schuldnerin von vornherein für sich in ein Rechtsverhältnis gestellt hatte (ohne daß er selbst verpflichtet war), eine Klage gegeben wurde; denn der hat mehr als der Gläubiger die Frau hintergangen.

Die vorliegende Stelle handelt von der **Schuldübernahme**, und zwar von der durch eine Frau.

Unter diesem Rechtsakt hat man das Eintreten eines Dritten in eine fremde Schuld zu verstehen.

Das kann auf verschiedene Weise geschehen.

1. Jemand nimmt von vornherein eine fremde Schuld als eigene auf sich (tacita intercessio oder interventio).

Digitized by Google

2. Jemand übernimmt eine bereits bestehende Verbindlichkeit.
Dies kann wieder auf zweierlei Art geschehen.
   a. Ein Dritter verpflichtet sich dem Schuldner gegenüber, ihn von seiner Schuld zu befreien. In diesem Fall tritt der Dritte zu dem Schuldner nur in ein rechtliches Verhältnis, die Stellung des Gläubigers wird nicht berührt. Man spricht dann von Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB.).
   b. Ein Dritter verpflichtet sich dem Gläubiger gegenüber zur Erfüllung einer Obligation, und zwar derart,
      α. daß der Eintretende vollständig an Stelle des alten Schuldners tritt und dieser frei wird (privative Intercession);
      β. daß der alte Schuldner noch neben dem Eintretenden verpflichtet bleibt, sei es gleichwertig als Hauptschuldner oder minderwertig als subsidiär haftender Bürge (kumulative Intercession).

Dem alten römischen Recht war eine Schuldübernahme in dieser Art unbekannt. Im strengen Festhalten an dem Grundsatz, daß die obligatio ein juris vinculum zwischen den sie zuerst abschließenden Personen sei, ließ es ein Eintreten eines Dritten in diese Obligation nicht zu. Man kam jedoch zum gleichen praktischen Ergebnis durch die **novatio,** das ist die Umwandlung einer alten Obligation in eine neue, die auf dasselbe Ziel gerichtet ist (vgl. die Stelle über novatio Nr. 23). Bei dieser novatio konnte nun auch ein Personenwechsel eintreten. Trat ein neuer Gläubiger ein, so sprach man von novatio nominis oder delegatio, die der heutigen Übertragung der Forderung (§ 398 ff. BGB.) entspricht, fand ein Wechsel in der Person auf der Schuldnerseite statt, so lag eine novatio debiti oder expromisio vor, entsprechend der Schuldübernahme (§ 414 ff. BGB.).

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt unter **Schuldübernahme** (§ 414 ff.) nur die privative, der neue Schuldner tritt vollständig an die Stelle des alten Schuldners. Der Vertrag kommt im Regelfalle zustande durch Einigung des Dritten mit dem Gläubiger. Ein Vertrag zwischen dem Dritten und dem alten Schuldner bleibt zunächst nur eine Erfüllungsübernahme, d. h. der neue Schuldner ist lediglich dem alten Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen, der Gläubiger selbst aber erlangt keinerlei Rechte gegen den neuen Schuldner. Zur Schuldübernahme wird dieser Vertrag erst durch die Genehmigung des Gläubigers. Fordert der alte Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, und erfolgt die Genehmigung nicht innerhalb dieser Frist, so gilt sein Schweigen als Ablehnung (§ 415 BGB.), dagegen als Erteilung der Genehmigung, wenn bei einem Hauskauf jemand die darauf ruhenden Hypotheken übernehmen will, den Kauf dem Hypothekengläubiger anzeigt und dieser innerhalb 6 Monaten nicht widerspricht.

Die **Schuldübernahme durch eine Frau** wurde nun in Rom durch den Konsul Velleius 46 n. Chr. verboten. Das S. C. Velleianum gab den Frauen, wenn sie sich verbürgt oder durch Übernahme fremder Schulden verpflichtet hatten, die exceptio S. C. Velleiani, die befreiend wirkte, ausgenommen, wenn die Frau sich für einen Mann ausgegeben hatte, oder wenn sie einem Minderjährigen gegenüber interzedierte, ferner wenn die Interzession für das Dosversprechen geschah. Der Gläubiger konnte sich, wenn die Frau in kumulativer Weise in das Schuldverhältnis eintrat, an den andern Schuldner halten. Geschah die Interzession in privativer Weise, wurde die actio restitutoria gegen den alten Schuldner gegeben; ferner bei tacita interventio die actio institutoria gegen den, für den die Frau von vornherein eingetreten war.

Digitized by Google

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sämtliche Rechtswohltaten für die Frauen aufgehoben. Frauen können in jeder Weise fremde Schulden übernehmen. Eine Beschränkung tatsächlicher Art besteht nur für Ehefrauen, indem diese je nach den verschiedenen ehelichen Güterrechten verschieden mit ihrem Vermögen haften.

Kauf (§ 433—515 BGB.).

27.

L 1 Dig. 18, 1.

Unterschied zwischen Kauf und Tausch.

De contrahenda emptione.

Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem non emptionem hoc esse.

Sabinus Homero teste utitur, qui exercitum Graecorum aere ferro hominibusque vinum emere refert, illis versibus:

ἔνθεν ἀρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ, ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' ἀντῆσι βόεσσι, ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσιν.

sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionem, sicut illi:

ἔνθ' αὖτε Γλαύκῳ Κρονίδης φρένας ἐξέλετο Ζεύς, ὃς πρὸς Τυδείδην Διομήδεα τεύχε' ἄμειβεν

magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod alias idem poeta dicit:

πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, uter emptor uter venditor sit.

Ob heutzutage von einem Kauf ohne Münzen die Rede sein kann, darüber bestehen Zweifel, z. B. wenn ich dir eine Toga gebe, um eine Tunika zu empfangen. Sabinus und Cassius sind der Meinung, daß ein Kauf vorliege, Nerva und Prokulus halten es für einen Tausch, nicht für einen Kauf. Sabinus führt Homer als Zeugen an, der berichtet, daß das Heer der Griechen für Erz, Eisen und Sklaven Wein kaufte, in folgenden Versen:

Dort nun kauften des Weins die hauptumlockten Achäer, — einige brachten Erz und andere blinkendes Eisen — andere Stierhäute und lebende Rinder, — andere Gefangene der Schlacht.

Aber diese Verse scheinen auf einen Tauschhandel hinzuweisen, nicht auf einen Kauf wie jene:

Doch den Glaukus erregte Zeus, daß er ohne Besinnen gegen den Helden Diomedes die Rüstung wechselte.

Aber mit mehr Grund könnte für diese Ansicht das angeführt werden, was ein anderer Dichter an einer Stelle sagt:

Gekauft hatte mit seinem Vermögen.

Aber den Ausschlag gibt die Ansicht des Nerva und Prokulus, denn wie das Verkaufen vom Kaufen, der Verkäufer vom Käufer, so ist auch die Ware vom Kaufpreis verschieden, während sich beim Tauschhandel nicht unterscheiden läßt, welches der Käufer und welches der Verkäufer sei.

Ursprünglich geschah der Güterumsatz auf dem Wege des Tausches, bei welchem Ware gegen Ware gegeben wurde. Erst als die Münze als allgemeiner Wertmesser anerkannt war, trat die Trennung zwischen Tausch und Kauf ein, und wir können letzteren definieren als den auf Umsatz von Gegenständen gegen

Digitized by Google

Geld gerichteten Vertrag. Die obige Stelle gibt Kunde von dem Streit über die rechtliche Natur des Tausches, der zwischen den Rechtsschulen der Sabinianer und Prokulianer bestanden hat. Erstere wollte ihn als doppelseitigen Kauf aufgefaßt wissen, letztere als einen besonderen Vertrag mit der Begründung, daß bei ihm keine Abgrenzung zwischen merx, Kaufgegenstand, und pretium, Kaufpreis, zu machen war. Ausnahmsweise hat Justinian die Ansicht der Prokulianer rezipiert.

Der Kaufvertrag ist ein Konsensualkontrakt. Im römischen wie im heutigen Recht kommt er zustande durch Einigung über Ware und Preis, ausnahmsweise bedarf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Kauf über Grundstücke, über das ganze gegenwärtige Vermögen und über Bruchteile desselben, sowie der Kauf einer Erbschaft der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 310, 312, 2073 BGB.).

28.

L 35 § 4 Dig. 18, 1.

Gefahrübergang.

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori. Unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.

De contrahenda emptione.

Wenn eine verkaufte Sache durch Diebstahl verloren gegangen ist, so muß man zunächst darauf sehen, welche Übereinkunft hinsichtlich der Verwahrung der Sache zwischen den Kontrahenten getroffen worden ist.

Mangelt es an einer solchen Übereinkunft, so kann eine solche Verwahrung vom Verkäufer verlangt werden, wie sie ein guter Hausvater in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Wenn er diese gewährleistet hat und dennoch die Sache verloren hat, so ist er sicher gegen jeden Anspruch, doch muß er dem Käufer die Eigentumsklage, sowie die Bereicherungsklage abtreten. Hieraus ergibt sich auch die Entscheidung hinsichtlich dessen, der eine fremde Sache verkauft hat. Da dieser weder die Eigentums- noch die Bereicherungsklage anstellen kann, so muß er deshalb verurteilt werden. Denn hätte er eine ihm eigentümliche Sache verkauft, so wäre er imstande gewesen, jene Klagen auf den Käufer zu übertragen.

Nach dieser Stelle kann beim Kaufvertrag der Gefahrübergang, d. h. der Zeitpunkt, von welchem ab der zufällige Untergang oder die zufällige Verschlechterung der Kaufsache dem Käufer zum Nachteil gereicht, zwischen den Kontrahenten besonders bestimmt werden. Mangelt es an einer solchen Bestimmung, so gilt, wie der zweite Satz ergibt, im **römischen Recht** der Grundsatz periculum est emptoris, d. h. wenn nach Kaufabschluß die Sache zu einer Zeit, wo sie noch nicht in den Händen des Käufers ist, durch Zufall untergeht oder verschlechtert wird, so trifft dieser Schaden den Käufer. Falls also z. B. ein von mir gekauftes Pferd, während es noch im

Digitized by Google

Stalle des Verkäufers steht, durch Blitzschlag krepiert, so habe ich trotzdem nach römischem Recht den Kaufpreis zu zahlen. Zwei Ausnahmen kannte das römische Recht von diesem Grundsatz:

1. War ein Kauf unter einer Bedingung geschlossen, so galt der Satz: periculum interitus est venditoris, periculum deteriorationis est emptoris, d. h. war die Sache bei Eintritt der Bedingung nicht mehr vorhanden, so war der Kaufvertrag hinfällig; war sie aber nur verschlechtert, so mußte sie der Käufer ohne jede Änderung des Kaufvertrages nehmen.
2. Wurde etwas aus einer Masse gleichartiger Sachen heraus gekauft, z. B. aus einer Herde nur eine Kuh, so ging die Gefahr erst mit der Ausscheidung aus der Masse auf den Käufer über.

Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** tritt der Übergang der Gefahr mit der Übergabe der gekauften Sache ein, bis zur Übergabe hat also der Verkäufer für den zufälligen Untergang und die Verschlechterung einzutreten. Nach obigem Beispiel brauchte ich demnach das Pferd nicht zu bezahlen. Von diesem Grundsatz hat das Bürgerliche Gesetzbuch drei Ausnahmen aufgestellt:

a. Bei Erbschaftskäufen gilt der Satz periculum est emptoris mit Kaufabschluß. § 2380 BGB.
b. Bei Grundstückskäufen geht, falls die Eintragung in das Grundbuch vor der Übergabe erfolgt, mit diesem Zeitpunkt der Gefahrübergang ein. § 446, 2 BGB.
c. Falls der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die Sache an einen andern Ort als den Erfüllungsort versendet, so geht die Gefahr auf den Käufer, sobald der Verkäufer die Sache dem Transporteur übergeben hat.

Obige Stelle ergibt in ihrem letzten Teil noch eine Begründung zur Ansicht des Afrikanus in der Stelle über Mängel im Recht, der sagt, daß derjenige, der eine fremde Sache verkauft hat, haftet, auch wenn eine Entwährung wegen Mängel im Recht nicht stattgefunden hat. Denn wenn eine gekaufte Sache beim Verkäufer ohne Schuld verloren gegangen ist, so muß der Verkäufer dem Käufer die Eigentums- oder die persönliche Rückforderungsklage abtreten. Dies ist unmöglich, wenn er eine fremde Sache verkauft hat. Diese Haftung tritt aber nur ein, wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hat.

29.

L 30 § 1 Dig. 19, 1.

Mangel im Recht.

Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit.

De actionibus emti venditi.

Wenn du wissentlich eine fremde Sache mir, der nichts davon wußte, verkauft hast, so kann ich nach Ansicht des Afrikanus, auch bevor sie mir entwährt worden ist, gegen dich die Klage aus dem Kauf erheben auf das Interesse, das ich an ihrem Eigentum habe. Denn wiewohl auf der einen Seite richtig ist, daß der Verkäufer nur dafür einstehen muß, daß dem Käufer der ruhige Besitz der Sache bleibt, nicht aber daß er ihm Eigentum verschaffe, so muß dennoch derjenige, der wissentlich eine ihm nicht gehörige

Digitized by Google

Sache an jemand, dem dies unbekannt war, verkauft hat, deswegen haften, weil er dafür einstehen muß, daß keine Arglist vorliegt. Das ist besonders berechtigt, wenn er an jemand einen Sklaven verkauft hat, den dieser freizulassen oder zu verpfänden vorhat.

Der Verkäufer einer Sache ist verpflichtet, dem Käufer diese zu übergeben und nach römischem Recht ihm das rem habere licere, den unangefochtenen Besitz, zu gewähren. Zur Begründung dieser letzten Haftung mußten im alten Rom besondere Stipulationen abgeschlossen werden, stipulationes dupplices, wonach sich der Verkäufer verpflichtete, dem Käufer das doppelte zu zahlen, wenn diesem das rem habere nicht blieb. Später trat diese Haftung auch ohne die besondere Stipulation ein, und zwar konnte der Käufer vom Verkäufer Schadenersatz unter folgenden Voraussetzungen verlangen:

1. Die Sache muß dem Käufer durch rechtskräftiges Urteil abgesprochen sein;
2. Das Recht, auf Grund dessen diese evictio stattfand, muß bestanden haben zur Zeit der Tradition.

Diese grundsätzliche Bestimmung der Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel, die sich im Mittelsatz der Stelle ausgedrückt findet, erleidet eine Ausnahme, wenn jemand wissentlich eine fremde Sache verkauft hat. In diesem Falle haftet der Verkäufer wegen des dolus, auch ohne daß dem Käufer die Sache evinziert worden ist. Diese besondere Haftung ist berechtigt, zumal wenn der Käufer zu dem Zwecke gekauft hat, den gekauften Sklaven freizulassen, oder die gekaufte Sache zu verpfänden, denn beides konnte wirksam nur geschehen, wenn der Käufer Eigentum der Sache erwarb.

Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** ist der Käufer bei weitem rechtlich besser gestellt. Der Verkäufer haftet ihm dafür, daß er Eigentum übertragen hat und zwar Eigentum frei von Rechten Dritter. Und zwar tritt ein aus dieser Gewährleistung entspringender Anspruch des Käufers schon ein bei evictio imminens, bei dem bloßen Bestehen von Rechten Dritter, nicht erst wie in Rom, wenn ihm die Kaufsache abgesprochen ist.

Die Ansprüche, die der Käufer in diesem Falle geltend machen kann, ergeben sich aus den Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge, § 320 bis 327 BGB. Danach kann der Käufer die Gegenleistung verweigern, Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

Der römische Grundsatz der tatsächlichen evictio kommt nur in dem Fall zur Anwendung, daß der Käufer einer beweglichen Sache Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen kann, wenn er die Sache einem Dritten in Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt, oder wenn die Sache verloren gegangen ist (§ 440 BGB.). Nicht zu vertreten hat der Verkäufer die Belastung eines Grundstücks mit öffentlichen Abgaben und Lasten (§ 436 BGB.). und die Mängel, die der Käufer kennt (§ 439 BGB.).

30.

L 13 pr. 19, 1.

Mangel in der Sache.

Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus

De actionibus emti venditi.

Julianus macht im 15. Buche zwischen dem, der wissentlich, und dem, der, ohne es zu wissen, etwas (mangelhaftes) verkauft hat, bei der Verur-

Digitized by Google

morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigui corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit, idonea venisse erit praestandum.

teilung durch die Klage aus dem Kauf einen Unterschied. Denn er sagt: wer krankes Vieh oder einen fehlerhaften Balken, ohne den Fehler zu wissen, verkauft hat, braucht, infolge der Klage aus dem Kauf verurteilt, nur dasjenige zu ersetzen, um wieviel weniger ich dafür, es zu kaufen, gegeben haben würde, wenn ich diesen Umstand gekannt hätte. Hat er es aber wissentlich verschwiegen und den Käufer betrogen, so muß er dem Käufer jeden diesem aus dem Kauf erwachsenden Nachteil ersetzen. Wenn also ein Gebäude durch den Balken eingestürzt ist, so muß der Wert des Gebäudes, wenn Vieh durch Ansteckung des gekauften kranken Viehs gestorben ist, das Interesse ersetzt werden, das man hatte, gesundes gekauft zu haben.

Während die vorhergehende Stelle von der Haftung des Verkäufers wegen Mängel im Recht sprach, handelt diese von seiner Haftung **wegen Mängel in der Sache.** Sie macht einen Unterschied zwischen dem dolosen Verkäufer und dem bono animo. Richtig gibt sie an, daß der, der wissentlich eine mangelhafte Sache verkauft hat, dem Käufer der actio emti gegenüber auf das volle Interesse haftet, denn nach **altrömischem Recht** trat eine Haftung des Verkäufers ein:

1. Wenn er einen Fehler der Kaufsache arglistig verschwingen hat;
2. Wenn er eine Eigenschaft zugesichert oder einen Mangel als nicht vorhanden angegeben hat, für dicta et promissa.

Aber nur in diesen Fällen tritt eine Haftung ein. Julian befindet sich also im Irrtum, wenn er bei einem bono animo Verkäufer eine Haftung der actio emti gegenüber ausspricht, es sei denn daß er in seinem ersten Beispiel die Unversehrtheit der Kaufsache als zugesichert annimmt, doch auch dann tritt wieder entgegen seiner Meinung eine Haftung auf das volle Interesse ein.

Dagegen werden wir seiner Ansicht teilweise gerecht, wenn wir den Begriff der actio emti weiter fassen, wenn wir unter sie auch noch die ädilizischen Klagen bringen. Denn dem Bedürfnis nach einer strengen Haftung kamen die kurulischen Ädilen, die in Rom die Marktpolizei ausübten, zu Hilfe, dadurch daß sie auch ohne Garantie und dolos eine Haftnng eintreten ließen für alle körperlichen — bei Sklaven auch moralischen — Mängel. Sie gaben hierfür die actio redhibitoria und die actio quanti minoris. Erstere ging auf Aufhebung des Kaufvertrages, letztere auf Minderung des Kaufpreises, erstere verjährte in sex menses utiles, letztere in einem annus utilis.

Das deutsche Recht kennt entsprechend den Rechtsparömieen: Augen auf, Kauf ist Kauf, oder Augen für Geld, keine Haftung für erkennbare Fehler der Sache, sobald der Käufer die Sache, ohne den Fehler zu rügen, in seine Gewehre gebracht hat, außer beim Viehkauf.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** bestimmt § 459: Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zur Zeit des Gefahrübergangs nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben

Digitized by Google

oder mindern. Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges die zugesicherten Eigenschaften hat.

Nicht zu vertreten hat der Verkäufer die Mängel, die der Käufer kennt, oder die ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind (§ 460 BGB.). Ferner haftet der Verkäufer nicht bei in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauften Sachen.

Ist ein Mangel vorhanden, den der Verkäufer vertreten muß, so gibt das Gesetzbuch dem Käufer ein Wahlrecht zwischen der Wandelung (actio redhibitoria; § 462 ff.) und der Minderung (actio quanti minoris; § 472 ff.), ferner bei Garantie und dolus noch auch zwischen Schadenersatz wegen Nichterfüllung (§ 463). Sämtliche Ansprüche verjähren bei beweglichen Sachen in sechs Monaten, bei unbeweglichen in einem Jahre.

Schenkung (§ 516—534 BGB.).

31.

§ 2 J. II, 7 (Auswahl).

Allgemeines.

Aliae autem donationes sunt, quae iine ulla mortis cogitatione fiunt, quas snter vivos appellamus, quae omnino non comparantur legatis: quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. et cum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si maiores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio et quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare et sine insinuatione statuit, et quasdam donationes invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. sciendum tamen est, quod, etsi plenissimae sunt donationes, tamen si ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestavimus certis ex causis eas revocare, ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in nostra constitutione modos.

De donationibus.

Andere Schenkungen sind aber diejenigen, die ohne Rücksicht auf den Tod geschehen sind, die wir unter Lebenden nennen, und die mit den Vermächtnissen durchaus keine Ähnlichkeit haben. Sind sie vollendet, so können sie nicht einseitig widerrufen werden; vollendet sind sie aber, sobald der Schenker seinen Willen schriftlich oder ohne Schrift kundgegeben hat.

Da aber die Bestimmungen der Kaiser vorschrieben, daß die Schenkungen, wenn sie sich über 200 Goldstücke beliefen, durch gerichtliche Verhandlungen bestätigt würden, so dehnte unsere Konstitution die Summe bis auf 500 aus, die noch ohne gerichtliche Bestätigung Gültigkeit haben sollte, und sie bezeichnet auch einige Schenkungen, die die gerichtliche Bestätigung nicht nötig haben, sondern an sich volle Kraft haben. Es ist demnach zu wissen, daß, selbst wenn Schenkungen noch so vollkommen abgeschlossen sind, wir nach einer von uns gegebenen Konstitution den Schenkern die Möglichkeit gegeben haben, sie aus gewissen Gründen zu widerrufen, wenn die, denen die Schenkung zugute gekommen ist, sich undankbar erwiesen haben, damit nicht die, die ihr Eigentum auf andere übertragen haben, irgend eine Beleidigung oder einen Verlust erleiden, gemäß der in unserer Konstitution aufgezählten Art und Weise.

Digitized by Google

Die obiger Auswahl vorhergehende Stelle behandelt die donatio mortis causa, d. h. eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Sie gilt als Verfügung von Todeswegen (§ 2301 BGB.). Unsere Stelle handelt dagegen in ihrem ersten Teil von der Schenkung unter Lebenden. Als solche ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch aufzufassen eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen Andern bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Das **bürgerliche Recht** gibt der Schenkung Vertragsnatur, es verlangt in § 516 BGB. Annahme der Schenkung. Hinsichtlich des **römischen Rechts** herrscht Streit über diese Frage. Unsere Stelle steht zweifellos auf der Anschauung, daß eine Annahme seitens des Beschenkten nicht erforderlich ist, es genügt, sobald der Schenker seinen Willen irgendwie kundgegeben hat.

Einschränkung der Schenkung.

Die Schenkung hat von jeher Einschränkungen erfahren. In **Rom** verbot ein Plebiszit aus dem Jahre 204 v. Chr., die lex Cincia de donationibus, Schenkungsversprechen über ein uns unbekanntes Maß. Diese lex geriet in Vergessenheit. Eine Einschränkung gab wieder der Kaiser Konstantinus Chlorus, der vorschrieb, daß Schenkungen über 200 solidi der gerichtlichen Bestätigung bedurften, Justinian setzte die Grenze auf 500 solidi fest. Ohne Rücksicht auf die Höhe sollten auch ohne gerichtliche Bestätigung die Schenkungen zu frommen Zwecken, an den Kaiser und von ihm und zum Aufbau von Gebäuden gültig sein. Diese Bestimmungen Justinians sind in das gemeine Recht übergegangen.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** unterliegt die Schenkung keiner Einschränkung, und die Schenkungsversprechen bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, der Mangel der Form wird aber durch die Bewirkung geheilt (§ 568 BGB.). Ferner hat der Schenkungsversprechende das beneficium competentiae (§ 519 BGB.).

Widerruf.

In beiden Rechten kann die vollzogene Schenkung widerrufen werden. In **Rom** war dies Recht zunächst auf Schenkungen beschränkt, die ein Patron seinem Freigelassenen gemacht hatte und zwar nur propter ingratitudinem et prolem supervenientem, später ist diese Möglichkeit auf alle Schenkungen ausgedehnt worden.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** bestimmt § 530, daß eine Schenkung widerrufen werden kann, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undanks schuldig macht. Des weiteren können Schenkungen noch zurückgefordert werden und zwar wegen nachträglich eintretender Verarmung des Schenkers (§ 528, 529 BGB.) und angefochten werden seitens der benachteiligten Gläubigers des Schenkers nach dem Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 und nach der Konkursordnung.

32.

L 18 § 3 Dig. 39, 5.

Haftung.

Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse

De donationibus.

Labeo sagt: Wenn mir jemand eine fremde Sache geschenkt hat und ich auf sie große Unkosten aufgewendet habe und sie mir dann schließlich evinziert worden ist, so steht mir keine

Digitized by Google

me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.

Klage gegen den Schenker zu. Höchstens könnte ich die Klage wegen Arglist gegen ihn anstellen, wenn er es absichtlich getan hat.

Die Haftung des Schenkers wegen der geschenkten Sache ist sehr beschränkt. Nach beiden Rechten hat der Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 521 BGB.).

Bei einer Realschenkung und beim Schenkungsversprechen einer Sache, die dem Schenker bereits eigentümlich gehört, haftet er nur für Arglist sowohl hinsichtlich der Rechts- wie der Sachmängel. Bei dem Schenkungsversprechen einer Sache, die der Schenker erst erwerben will, haftet er bei Rechtsmängeln auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, wenn er den Mangel beim Erwerb der Sache kannte, oder wenn er ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Bei Sachmangel tritt in diesem Falle eine Haftung nur ein, wenn es sich um eine Gattungssache handelt. Hier kann der Beschenkte unter gleichen Voraussetzungen Lieferung einer mangelfreien Sache, bei arglistigem Versprechen auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 523, 524 BGB.).

Miete (§ 535—577 BGB.).

33.

L 2 Dig. 19, 2.

Allgemeines.

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque juris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit. Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

Locati conducti.

Die Miete ist sehr eng verbunden mit dem Kauf und wird auch nach denselben Rechtsregeln behandelt. Denn ebenso wie ein Kaufvertrag geschlossen ist, wenn man über den Preis einig ist, so wird auch die Miete als vollzogen behandelt, sobald man sich über den Pachtzins einig ist. Kauf und Pacht sind so nahe miteinander verwandt, daß in manchen Fällen gefragt zu werden pflegt, ob Kauf oder Miete vorliegt. Z. B. wenn ich mit einem Goldarbeiter einen Vertrag dahin abgeschlossen habe, daß er mir aus seinem Golde Ringe von bestimmtem Gewicht und bestimmter Form machen sollte und er deshalb 300 Sesterzien z. B. empfangen hat, liegt da Kauf oder Miete vor? Man hat sich dahin entschieden, daß nur ein Geschäft vorliegen könne, und zwar spricht mehr dafür, daß es ein Kauf sei. Habe ich aber das Gold dazu gegeben, und ist für seine Arbeit ein bestimmter Preis festgesetzt worden, so besteht kein Zweifel, daß eine Miete vorliegt.

Miete ist nach heutigem Recht die Gebrauchsüberlassung von körperlichen Sachen gegen Entgelt, **Pacht** die Gebrauchsüberlassung von Rechten und Einkommen gegen Entgelt. Die Bezeichnung des römischen Rechts **locatio con-**

Digitized by Google

ductio geht weiter, sie umfaßt außerdem noch die Leistung von Diensten und teilt sich daher in

1. locatio conductio rei — Miete und Pacht,
2. locatio conductio operarum — Dienstvertrag,
3. locatio conductio operis — Werkvertrag.

Nur der letzte kommt bei obiger Gegenüberstellung von Kauf und locatio conductio in Betracht. Für das **Bürgerliche Gesetzbuch** ergibt sich die Entscheidung obiger Frage aus § 651 BGB.: Gibt der Besteller den Stoff zum Werke, dann liegt ein Werkvertrag vor ohne Rücksicht darauf, ob sich der Unternehmer zur Beschaffung von Zutaten und sonstigen Nebensachen verpflichtet. Verpflichtet sich dagegen der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so liegt ein Werklieferungsvertrag vor, der wenn er eine vertretbare Sache zum Gegenstand hat, nach den Vorschriften des Kaufvertrags, wenn eine nicht vertretbare Sache, nach den Vorschriften des Werkvertrags mit Ausnahme der Sicherungsvorschriften behandelt wird.

Die Bezeichnung locatio (von locare aufstellen) — conductio (von conducere mit wegführen) ist aus dem Mietvertrag von Sklaven und Zugtieren zu erklären. Der, der die Sklaven auf den Markt stellt, wurde der locator, Vermieter, der, der sie mit sich fortführte, der conductor, der Mieter. Ebenso wurde der Arbeiter, der seine Leistungen zur Verfügung stellte, der locator, Vermieter, und der, die Dienste annahm, der conductor, Mieter. Umgekehrt und schwer mit dieser Erklärung zu vereinigen ist es bei der locatio conductio operis. Hier ist derjenige, der eine Sache zur Bearbeitung fortgibt, der locator, Vermieter, und der, der sie zur Bearbeitung übernimmt, der conductor, Mieter.

Nach **beiden Rechten** ist die locatio conductio ein grundsätzlich formloser Konsensualkontrakt, der durch Einigung über Ware nnd Preis zustande kommt. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bedarf lediglich ein Mietvertrag über Grundstücke, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, der schriftlichen Form. Wird die Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen; die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig.

34.

L 25 § 1 Dig. 19, 2.

Kauf bricht Miete.

Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Locati conducti.

Wer die Benutzung eines Landgutes oder einer Wohnung an jemand verpachtet hat und das Landgut oder das Haus aus irgend einem Grunde verkauft, der muß dafür Sorge tragen, daß dem Pächter die Benutzung und dem Mieter die Wohnung auch bei dem Käufer unter denselben Vertragsbestimmungen vorbehalten bleibe, denn sonst kann der, der im Gebrauch gehindert wird, gegen ihn die Klage aus der Miete erheben.

Verkaufte der Vermieter die gemietete Sache, so galt **in Rom** der Grundsatz: Kauf bricht Miete. Dies folgte aus der rein obligatorischen Natur des Mietvertrages, der dem Mieter weder den Besitz noch sonst ein

Digitized by Google

dingliches Recht an der gemieteten Sache gewährte. Doch das Mietverhältnis an sich bleibt auch nach dem Verkauf noch bestehen, wie obige Stelle ergibt. Entsetzte der Erwerber auf Grund seines Eigentums den Mieter, so konnte dieser mit der actio locati conducti contraria vollen Ersatz verlangen.

Das Allgemeine Landrecht faßte die Miete als ein dingliches Recht auf und gab dem Mieter eine gesicherte Stellung gegenüber dem Käufer. Es galt der Grundsatz: Heuer geht vor Kauf. Diesen Grundsatz hat auch das **Bürgerliche Gesetzbuch** hauptsächlich angenommen. Es ist im heutigen Recht auf den Zeitpunkt des Kaufes Gewicht gelegt, ob zur Zeit des Kaufabschlusses die gemietete Sache schon übergeben war oder nicht.

Ist die vermietete Sache vor Überlassung an den Mieter weiter veräußert, so gilt der Grundsatz: Kauf bricht Miete, ausgenommen, wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber besonders die Erfüllung der aus dem Mietvertrag sich ergebenden Verpflichtungen übernommen hat (§ 578 BGB.).

Wird die vermietete Sache nach der Überlassung weiterveräußert,

a. so gelten bei Grundstücksmieten die besonderen Bestimmungen der § 571—579 BGB.: Der Erwerber tritt grundsätzlich in alle Rechte und Pflichten des Veräußerers ein, die dieser aus dem Mietvertrage hat, der Veräußerer bleibt jedoch neben dem Erwerber als selbstschuldnerischer Bürge dafür verhaftet, daß der Erwerber seine Verpflichtungen ordnungsmäßig erfüllt;

b. bei beweglichen Sachen ergibt sich der Schutz des Mieters aus § 986 BGB. Da der Mieter der Besitzer der Sache ist, so kann die Übergabe der gekauften Sache zwischen dem Vermieter und dem Erwerber nur dadurch stattfinden, daß der Vermieter dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt (§ 931 BGB.), und sodann kann der Mieter nach § 986,2 BGB. dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch auf Herausgabe, also seine Rechte aus dem Mietvertrag, zustehen.

35.

L 25 § 2 Dig. 19, 2.

Pflichten des Vermieters.

Si vicino aedificante obscurentur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. de mercedibus quoque si cum eo agatur, reputationes ratio habenda est. eadem intellegemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat.

Locati conducti.

Wenn die Aussicht eines Stockwerks durch den Bau des Nachbars verdunkelt wird, so haftet der Vermieter dem Mieter. Daß wenigstens dem Pächter oder Mieter freisteht, die Mietsache im Stich zu lassen, unterliegt keinem Zweifel. Auch in Ansehung des Pachtzinses muß, wenn gegen ihn geklagt wird, Rücksicht genommen werden. Dasselbe liegt auch nach unserer Meinung vor, wenn der Vermieter zu sehr beschädigte Fenster und Türen nicht ausbessert.

Nach beiden Rechten hat der Vermieter die gemietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietszeit in diesem Zustande zu erhalten.

Digitized by Google

Das **römische Recht** gab bei einer wesentlichen Beeinträchtigung des Mietgebrauches oder bei Minderung des Gebrauchswerts der Mietssache dem Mieter ein fristloses Kündigungsrecht, zum mindesten ein Recht, den Mietzins herabzusetzen.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** treffen die §§ 536—547 genaue Bestimmungen über die Pflichten des Vermieters:

Die nichtzeitige Gewährung oder die Entziehung des vertragsmäßigen Mietgebrauches gibt dem Mieter ein fristloses Kündigungsrecht (§ 542 BGB.). Wegen Sach- und Rechtsmängel hat der Mieter ein Recht auf Minderung (§ 537 BGB.), sowie unter Umständen auf Schadenersatz (§ 538 BGB.)

Des weiteren hat der Vermieter die Pflicht, die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten zu tragen (§ 546 BGB.), ferner dem Mieter die auf die Mietssache gemachten Verwendungen zu ersetzen und zwar notwendige Verwendungen schlechthin — ausgenommen die Fütterungskosten eines gemieteten Tieres —, andere Verwendungen nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag, negotiorum gestio, (§ 547 BGB.). Endlich hat der Vermieter noch die Pflicht, dem Mieter das jus tollendi zu gestatten, d. h. zu erlauben, daß der Mieter Einrichtungen, mit denen er die Mietssache versehen hat, wiederwegzunehmen (§ 548 BGB.).

36.

L 2 Dig. 20, 2.

Pflicht des Mieters und Pfandrecht des Vermieters.

Pomponius libro quadragesimo variarum lectionum scribit: non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata.

In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

Pomponius schreibt im 40. Buche seiner vermischten Schriften: Es haftet dasjenige, was von einem Mietsmann in eine Mietwohnung hineingeschafft und gebracht worden ist, nicht bloß für den Mietzins als Pfand, sondern auch, wenn er die Wohnung schuldhaft verschlechtert hat, sodaß gegen ihn die Mietklage begründet sein wird.

Den Pflichten des Vermieters entspringen auf der anderen Seite Pflichten des Mieters. Nach beiden Rechten hat derselbe die Pflicht, seinen Mietzins ordnungsmäßig zu zahlen, sowie lediglich den vertragsmäßigen Gebrauch von der Mietssache zu machen.

Zur Sicherung für die aus der Verletzung dieser Pflichten des Mieters entspringenden Ansprüche ist dem Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht gegeben worden. Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** kann er dies geltend machen wegen sämtlicher rückständiger Mietzinsforderungen, wegen der Entschädigungsforderungen, die sich aus den durch den Mieter herbeigeführten Verschlechterungen und Veränderungen der vermieteten Sache ergeben, sowie wegen künftiger Mietszinsforderungen für das laufende und das folgende Kalenderjahr, bei Kollision mit dritten Gläubigern nur für das laufende Jahr (§ 559 BGB.). Dieses Pfandrecht besteht an den invecta et illata des Mieters, an den in die Mietssache hineingebrachten Sachen, quae ut ibi sint, illatae fuerint, die Eigentum des Mieters sind; siehe aber § 560 BGB. Zur Geltendmachung dieses Pfandrechtes standen dem Vermieter zwei Rechtsbehelfe im **römischen Recht** zur Seite:

Digitized by Google

a. Ein possessorischer, nur gegen den Mieter wirkender, das interdictum Salvianum;

b. Ein dinglicher, auch gegen Dritte wirksamer, die actio Serviana.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** erschöpft sich das Pfandrecht zunächst in einem Zurückbehaltungsrecht derart, daß der Mieter persönlich verpflichtet ist, die eingebrachten Sachen nicht aus der Wohnung zu entfernen (§ 560 BGB.). Sodann gibt es dem Vermieter ein umfassendes Selbsthilferecht. Er kann kraft seines Pfandrechtes die Entfernung der Sachen auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern und dieselben beim Auszug des Mieters in seinen Besitz nehmen (§ 561 BGB.). Endlich hat der Vermieter noch einen Anspruch auf Zurückschaffung: Sind die Sachen ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters entfernt, so kann er die Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück und, falls der Mieter ausgezogen ist, die Überlassung des Besitzes verlangen. Dieses Pfandrecht erlischt mit Ablauf eines Monats, nachdem der Vermieter von der Entfernung der Sache Kenntnis erlangt hat, wenn nicht der Vermieter diesen Anspruch vorher gerichtlich geltend gemacht hat (§ 561 BGB.).

37.

L. 13 § 11 Dig. 19, 2.

Relocatio tacita.

Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: huius enim novus consensus erit necessarius. eadem causa erit et si rei publicae praedia locata fuerint. quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse: hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur. et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. in urbanis autem praediis alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.

Locati conducti.

Wenn jemand nach Ablauf der Mietszeit in der Miete bleibt, so wird nicht nur angenommen, daß er wieder gemietet habe, sondern es werden auch die gestellten Pfänder als fortdauernd verpflichtet betrachtet. Letzteres jedoch nur dann, wenn bei der früheren Miete nicht ein Anderer Pfand für den Mieter gestellt hat. Denn dann ist dessen fernere Einwilligung erforderlich. Dasselbe wird dann vorliegen, wenn Grundstücke des Staates vermietet worden sind. Wenn wir aber sagen, daß durch das Stillschweigen beider Teile der Mieter wieder gemietet zu haben scheine, so ist dies nur dahin zu verstehen, daß die Erneuerung der Miete als für das Jahr geschehen betrachtet werde, indem sie geschwiegen haben, nicht auch für die folgenden Jahre, selbst wenn ursprünglich ein fünfjähriger Zeitraum für die Miete bestimmt worden ist. Auch wenn im zweiten Jahre nach beendetem Lustrum nichts Gegenteiliges geschehen ist, so wird die Miete für dieses Jahr fortdauernd betrachtet. Denn die Einwilligung wird aus dem Stillschweigen selbst gefolgert, und so ist dies fernerhin für jedes Jahr zu beobachten. In Ansehung städtischer Grundstücke gelten andere

Digitized by Google

Bestimmungen, indem jeder, je nachdem er gewohnt hat, so auch verpflichtet wird, es müßte denn eine bestimmte Mietszeit schriftlich ausgemacht worden sein.

Diese Stelle handelt von der relocatio tacita, von der stillschweigenden Verlängerung des Mietvertrages.

Nach **römischem Recht** galt in diesem Falle bei ländlichen Grundstücken das Miet- oder Pachtverhältnis auf ein weiteres Jahr abgeschlossen, bei städtischen auf dieselbe Zeit, für welche es eingegangen war.

Nach **dem Bürgerlichen Gesetzbuch** gilt die Mietszeit als auf unbestimmte Zeit verlängert, d. h. es tritt ein Kündigungsrecht nach Maßgabe des § 565 ein, wenn nicht der Vermieter oder Mieter seinen entgegengesetzten Willen binnen zwei Wochen und zwar für den Mieter seit Fortsetzung des Gebrauchs, für den Vermieter seit Kenntnis von der Fortsetzung dem andern Teil gegenüber erklärt (§ 568 BGB.).

Bei der relocatio tacita ergibt sich für das Bürgerliche Gesetzbuch ein Unterschied zwischen Miete und Pacht, welche Rechtsverhältnisse sonst nach gleichen Grundsätzen behandelt werden: Nämlich, wenn der Pächter den gepachteten Gegenstand nach Ablauf der Pachtzeit nicht zurückgewährt, so kann der Verpächter (§ 597 BGB.) für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Pachtzins nach dem Verhältnisse verlangen, in welchem die Nutzungen, die der Pächter während dieser Zeit gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahres stehen, die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen. Bei der Miete kann lediglich eine der Mietszeit entsprechende Vergütung verlangt werden.

38.

L 15 § 4 Dig. 19, 2.

Remissio mercedis.

Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. hoc idem et in vectigalis damno respondit. sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. quid tamen, si novissimus annus erat sterilis, in quo ei remiserit? verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.

Locati conducti.

Papinianus sagt im 4. Buche seiner Gutachten, daß wenn jemand seinem Pächter in einem Jahre wegen Mißernte Erlaß gegeben hat, sodann in den folgenden Jahren Fruchtbarkeit geherrscht hat, so sei der Erlaß dem Eigentümer nicht zum Schaden, sondern er kann dann die ganze Pachtsumme auch von dem Jahre, für welches er sie erlassen hat, einfordern. Dasselbe sagt er auch vom Schaden in Ansehung der Zollpachtung. Dies gilt, selbst wenn der Eigentümer den Erlaß wegen Mißernte in jenem Jahr ausdrücklich als Geschenk bewilligt hat, als wenn es keine Schenkung, sondern ein Vergleich wäre.

Wie aber, wenn das letzte Jahr das unfruchtbare war, für welches er ihm Nachlaß gewährt hat? Hier ist es richtiger, daß, wenn auch die früheren

Digitized by Google

fruchtbar waren und der Verpächter dies gewußt hat, der Pächter doch nicht zur Ausgleichung aufgefordert werden kann.

Das Beispiel handelt von der remissio mercedis, von dem Erlaß des Pachtzinses oder dessen Minderung. Das **römische Recht** gab dem Pächter, der durch außergewöhnliche Ereignisse mit der Pacht schlecht abgeschnitten hatte, den Anspruch auf zeitweilige Minderung des Pachtzinses. Folgt auf das Unglück eine gute Ernte, so mußte der Pächter die Minderung wieder ausgleichen.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** hat keinerlei Vorschriften über den Pachterlaß bei besonderen Unglücksfällen. Man muß unterscheiden, ob die Pachtsache schon übergeben ist oder nicht, als der Unglücksfall eintrat. Im ersten Fall kann in keiner Weise eine Minderung eintreten, im letzteren kann dagegen eine solche berechtigt sein, denn der Verpächter ist verpflichtet, die Pachtsache dem Pächter in dem im Vertrage vorausgesetzten Zustande zu übergeben.

Leihe (§ 598—606 BGB.).

39.

§ 2 J. III, 14.

Allgemeines.

Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidam exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente

Quibus modis re contrahitur obligatio.

Ebenso wird derjenige, dem irgend eine Sache zum Gebrauch gegeben wird, d. h. geliehen wird, durch die Klage aus dem Leihvertrag gehalten. Er ist aber weit von dem verschieden, der ein Darlehen empfing. Denn die Sache wird nicht so gegeben, daß sie sein werden soll, und deshalb wird er zur Rückgabe der Sache selbst verpflichtet. Wer daher ein Darlehen empfangen hat, bleibt verhaftet, selbst wenn er durch irgend einen Zufall das Empfangene verloren hat, sei es durch Brand, Einsturz, Schiffbruch oder Einbruch von Feinden oder Räubern.

Wer aber etwas zum Gebrauch empfangen hat, der muß eine strenge Aufmerksamkeit bei der Verwahrung der Sache vertreten, und es genügt nicht für ihn, daß er eine solche Aufmerksamkeit angewendet hat, wie er sie bei seiner eigenen Sache anzuwenden pflegt, sobald ein anderer Aufmerksamerer die Sache würde haben bewahren können. Aber für unabwendbare Naturereignisse und für größere Zufälle haftet er nicht, wenn nur der Zufall nicht durch seine eigene Schuld entstanden ist. Denn wenn du etwas, was dir geliehen ist, immer mit dir

Digitized by Google

locatum tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.

herumtragen willst und es durch einen Einfall der Feinde oder Räuber oder einen Schiffbruch verloren hast, so ist es unzweifelhaft, daß du zum Ersatz der Sache verpflichtet wirst.

Eine Sache wird aber eigentlich dann als geliehen betrachtet, wenn sie dir zum Gebrauch übergeben worden ist, ohne daß ein Lohn gegeben oder vereinbart worden ist. Denn ist eine Vergütung ausgemacht worden, so wird es angesehen, daß dir der Gebrauch der Sache vermietet worden ist, denn die Leihe muß unentgeltlich geschehen.

Leihe ist ein Vertrag, durch den der Verleiher einer Sache verpflichtet wird, dem Entleiher den unentgeltlichen Gebrauch der Sache zu gestatten; nach **römischem Recht** war die Leihe ein Realkontrakt, nach **bürgerlichem Recht** ist sie nach der herrschenden Meinung ein Konsensualkontrakt.

Richtig gibt obige Stelle den Unterschied zwischen Leihe einerseits und Darlehen und Miete anderseits an. Vom Darlehen unterscheidet sich die Leihe dadurch, daß bei jenem die übermachte Sache in das Eigentum des Empfängers übergeht und nur gleichartige Werte zurückzugeben sind, während bei der Leihe der Verleiher Eigentümer bleibt und die geliehene Sache selbst zurückgewährt werden muß; von der Miete unterscheidet sich die Leihe durch die Unentgeltlichkeit.

Des weiteren handelt obige Stelle von der Haftung des Entleihers. Nach beiden Rechten haftet der Entleiher für jedes Versehen, ja sogar für zufälligen Schaden, sofern dessen Eintritt durch vertragswidrigen Gebrauch herbeigeführt ist.

40.

L 18 § 2 u. 3 Dig. 13, 6.

Pflichten des Verleihers.

Possunt justae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant.

Item si quis sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum

Commodati vel contra.

Es können gerechte Gründe eintreten, aus denen gegen den Verleiher geklagt werden muß, wie wegen der für einen kranken Sklaven gemachten Auslagen oder wegen der Ausgaben, die nach dessen Flucht gemacht worden sind, nun ihn aufzusuchen und zurückzubringen. Denn die Ausgaben für die Speisen treffen natürlich den, der ihn zum Gebrauch empfangen hat. Aber auch, was über seine Krankheit und Flucht gesagt worden ist, muß sich auch auf größere Ausgaben erstrecken, denn mäßige Ausgaben hat der Billigkeit gemäß, ebenso wie bei den Speisen, der Entleiher zu tragen.

Digitized by Google

vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus ea nomine est.

Ferner wer wissentlich fehlerhafte Fässer geliehen hat, ist, wenn hineingegossener Wein oder Öl verdorben oder herausgeflossen ist, deswegen zu verurteilen.

Der Entleiher hat die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache, bei der Leihe eines Tieres insbesondere die Fütterungskosten zu tragen. Dagegen ist der Verleiher verpflichtet, abgesehen von den dem Entleiher zur Last fallenden gewöhnlichen Erhaltungskosten, dem Entleiher die Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen (§ 601 BGB.).

Darlehn (§ 607—610 BGB.).

41.

L 2 pr. § 1 u. 2 Dig. 12, 1.

Definition.

Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum, sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero, mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditari solvi non potest. Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

De rebus creditis.

Ein Darlehen geben wir, nicht um künftig dieselbe Sache, die wir gegeben haben, zurückzubekommen, sonst wird es ein Leih- oder Verwahrungsvertrag, sondern um eine Sache derselben Gattung zurückzuerhalten. Denn wenn wir eine Sache anderer Gattung zurückerhalten, z. B. daß wir für Weizen Wein bekommen, so wird kein Darlehen vorliegen.

Das Geben eines Darlehens kann nur in solchen Sachen erfolgen, die nach Gewicht, Zahl oder Maß bestimmt werden, da wir ja nur durch das Geben von dergleichen Sachen ein Darlehen begründen können, weil sie in ihrer Gattung zur Zahlung des Schuldigen dienen, nicht im einzelnen Gegenstand. Denn bei den übrigen Sachen können wir deshalb kein Darlehen begründen, weil eins für das andere dem Gläubiger wider seinen Willen nicht gegeben werden kann.

Es ist aber der Kontrakt deshalb mutui datio benannt worden, weil aus dem meinigen das deinige wird, und deshalb entsteht, wenn es nicht das deinige werden soll, die Verbindlichkeit nicht.

Die Stelle gibt uns eine Definition des Darlehnsvertrages als die leihweise Verschaffung von Geld oder anderen vertretbaren Sachen gegen die Verpflichtung der Rückgewähr gleichartiger Werte und weist auf den Unterschied zwischen dem Darlehen einerseits und der Leihe und der Verwahrung anderseits hin, der darin zu finden ist, daß

Digitized by Google

bei ersterem eine Sache gleicher Gattung, bei letzteren dieselbe Sache zurückgegeben werden muß. (Leihe und Verwahrung unterscheiden sich wieder darin, daß bei der Leihe die Hingabe im Interesse des Entleihers, bei der Verwahrung im Interesse des Gebers liegt.)

Das Darlehen ist im **römischen** wie im **heutigen Recht** ein Realvertrag, der zustande kommt durch Einigung und Übergabe der Darlehnsvaluta, die in vertretbaren Sachen (§ 91 BGB.) bestehen muß. Eine Vereinbarung, nach der die Hingabe der Darlehnsvaluta lediglich versprochen wird, ist als Konsensualkontrakt klagbar, jedoch findet in beiden Rechten bei ihm die clausula rebus sic stantibus Anwendung, d. h. der Verpflichtete kann sein Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird (§ 610 BGB.).

Aus dem Darlehnsvertrag entspringt die actio ex mutuo oder die condictio mutui bei Fälligkeit des Darlehens. Diese tritt, falls kein bestimmter Termin vereinbart worden ist, nur nach Kündigung ein. Hierbei ist zu unterscheiden das zinslose und das verzinsliche Darlehen. Der Gläubiger muß bei beiden kündigen, der Schuldner nur beim verzinslichen. Die Kündigungsfrist beträgt bei einem Darlehen unter 300 M. einen Monat, sonst drei Monate (§ 609 BGB.).

Einen Unterschied in der rechtlichen Natur des Darlehens im **römischen** und im **heutigen Recht** belegt der letzte Satz obiger Stelle, wenigstens für das ältere römische Recht (vgl. nächste Stelle), nämlich das quod ex meo tuum fit. Hieraus wurde der Schluß gezogen, daß ein Darlehen nur vorliegt bei unmittelbarer Übermachung der Darlehnsvaluta aus dem Eigentum des Gebers in das des Nehmers. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist es unerheblich, ob die als Darlehen bestimmte Summe unmittelbar oder mittelbar in die Hände des Nehmers gekommen ist.

42.

L 34 pr. Dig. 17, 1.

Übertragung der Darlehnsvaluta.

Mandati vel contra.

a. Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse.

b. Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt:

c. Item quod, si a debitori meo

a. Ein Bevollmächtigter des Lucius Titius hatte von dessen Schuldnern Geld eingezogen und sandte ihm einen Brief, worin er anzeigte, daß er aus seiner Verwaltung eine gewisse Summe in den Händen habe, die er ihm als Darlehen nebst 6 Proz. Zinsen schulden wolle. Es wurde gefragt, ob unter diesen Umständen das Geld als Darlehen zurückgefordert und ob auf Zinsen geklagt werden könne. Die Antwort lautet: Es liegt kein Darlehen vor, denn sonst würde folgern, daß aus einem jeden Kontrakt durch bloßen Vertrag ein Darlehen werden könne.

b. Auch sei es kein diesem ähnlicher Fall, daß Geld, welches bei dir aufbewahrt ist, zum Darlehen wird, wenn ein Vertrag, daß du es als solches

Digitized by Google

jussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est.

d. his argumentum esse, eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.

haben sollst, hinzukommt, denn da wird das Geld, was mein war, (unmittelbar) dein.

c. Ebensowenig, daß wenn ich dich anweise, von meinem Schuldner Geld zu empfangen, dies ein Darlehen wird, dies ist nämlich aus Billigkeitsgründen angenommen worden.

d. Beweis hiervon sei, daß, wer Silberzeug zum Verkauf gegeben hat, indem er ein Darlehen geben wollte, deshalb noch nicht aus einem Darlehen klagen könnte, und gleichwohl, daß das aus dem Silberzeug gelöste Geld auf Gefahr dessen stehe, der das Silberzeug empfangen hat.

In dem vorliegenden Falle sei also der Bevollmächtigte mit der Auftragsklage zu belangen, sodaß er, obgleich das Geld auf seine Gefahr gehe, doch die vereinbarten Zinsen gewähren müsse.

Afrikanus sucht in dieser Stelle seine Ansicht, daß nur durch den unmittelbaren Übergang der Darlehnsvaluta aus der Hand des Gebers in die des Nehmers ein Darlehen begründet werden könne, si nummi, qui mei erant, tui fiunt, durch drei Beispiele a. c. d. zu erhärten.

a. A hat aus der Verwaltung des Vermögens des B Geld in seiner Hand. Es fragt sich, ob er das Geld durch einfache Einigung mit B als Darlehen behalten könne.

Afrikanus verneint diese Frage in strengem Festhalten an dem obigen Grundsatz und verweist den B am Ende der Stelle lediglich auf die Auftragsklage, bei welcher auch die Zinspflicht gegeben ist, wenn der Beauftragte Geld für sich verwendet hat. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche § 607, 2 würde durch die Verabredung ein Darlehen begründet sein: Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem andern Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen.

b. Dagegen kann nach Ansicht der Juristen Geld, das A aus irgend einem Grunde unmittelbar von B empfangen hat, als Darlehen behalten werden, da hier ja auch eine unmittelbare Überwachung vorliegt, eine Änderung tritt nur in der Bestimmung ein, als was das Geld empfangen ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Grundsatz in § 607, 2 anerkannt.

c. B hat seinen Schuldner C angewiesen, dem A Geld als von B gegebenes Darlehen zu übermachen. Afrikanus glaubt auch hier (das item schließt sich an seine Antwort: creditam non esse an) nicht, daß ein Darlehen vorliegt, obwohl er selbst zugeben muß, daß Billigkeitsgründe für das Bestehen eines Darlehnsvertrages sprechen. Im heutigen Recht ist diese Form des Darlehnsgebens sehr häufig, besonders unter Kaufleuten z. B. die Hingabe eines Schecks, Anweisung auf das Guthaben eines Andern.

d. B hat dem A Silberzeug gegeben mit der Weisung, das aus dessen

Digitized by Google

Verkauf gelöste Geld als Darlehen zu behalten, sog. contractus mohatrae. Entgegen der Ansicht des Afrikanus würde nach heutigem Recht im Augenblick des Verkaufs des Silberzeugs und der Empfangnahme des Kaufgeldes ein Darlehen begründet sein.

43.

L 15 Dig. 12, 1.

De rebus creditis.

§ 607, 2 BGB.

Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

Einiges Eigentümliche ist inbezug auf dargeliehenes Geld angenommen worden. Denn wenn ich meinem Schuldner befohlen haben werde, daß er dir Geld gab, so wirst du mir verbindlich gemacht, obgleich du mein Geld nicht empfangen hast.

Was also bei zwei Personen angenommen wird, das ist auch bei derselben Person anzunehmen, sodaß, wenn du mir aus einem Auftrag Geld schulden solltest und wir übereingekommen sind, daß du es als Darlehen behalten mögest, mir das Geld gegeben und von mir auf dich übergegangen scheint.

Das erste Beispiel bringt eine Abweichung gegenüber Fall c, das zweite entspricht dem Fall b der vorhergehenden Stelle.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch gibt § 607, 2 unzweifelhaft die Möglichkeit der Darlehnsbegründung in beiden Fällen.

44.

L 7 § 12 u. 13 Dig. 14, 6.

Senatus consultum Macedonianum.

De S. C. Macedoniano.

Proinde si acceperit pecuiam et in rem patris vertit, cessat senatus consultum: patri enim, non sibi accipit. sed et si ab inito non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare senatus consultum libro duodecimo digestorum Julianus ait intellegendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret. non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in propium debitum solvit et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatus consulto loco erit. Quod dicitur in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare senatus consultum, ita locum habet, si probabilem modum in mutua non

Ferner ist das S. C. Macedonianum unanwendbar, wenn der Hausſohn das Geld aufgenommen und im Nutzen des Vaters verwendet hat, denn dann nimmt er es für den Vater, nicht für sich auf. Aber auch, wenn er es ursprünglich nicht hierzu geborgt hat, nachher aber zu des Vaters Nutzen verwendet hat, so fällt, wie Julian im 12. Buche der Digesten sagt, die Anwendbarkeit des S. C. weg, und es ist anzunehmen, als habe er es gleich von Anfang an aufgenommen, um es dazu zu verwenden. Als eine solche Verwendung wird aber nicht gelten können, wenn er das geborgte Geld an den Vater auf seine eigene Schuld

Digitized by Google

excessit, certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare.

zahlt, und deshalb wird, (wenigstens) wenn der Vater nichts davon gewußt hat, das s. c. anzuwenden sein. Wenn man gewöhnlich sagt, daß der Senatsbeschluß nicht anwendbar sei auf einen Hausſohn, der, des Studiums wegen abwesend, ein Darlehen aufnahm, so ist dies dann richtig, wenn er das billige Maß im Borgen nicht überschritten hat, (als Nichtüberschreitung gilt) namentlich diejenige Summe, die ihm der Vater zukommen zu lassen pflegte.

Das senatus consultum traf — unter Kaiser Vespasian, als ein von seinen Schuldnern bedrängter Hausſohn Macedo, um sich vor diesen zu retten, seinen Vater ermordet hatte, gegeben — Bestimmungen darüber, daß an Hausſöhne gezahlte Darlehne nur eine Naturalobligation erzeugten, dergestalt, daß die actio ex mutuo durch die Geltendmachung der exeptio S. C. Macedoniani entkräftet wurde, daß aber anderseits das freiwillig von einem Hausſohn auf seine Schulden Gezahlte nicht von ihm wieder zurückgefordert werden konnte. Zur Milderung der Härte des Senatsbeschlusses wurden viele Ausnahmen geschaffen. So war es unanwendbar bei Zustimmung des pater familias, ferner soweit das Sondervermögen des Sohnes reichte, auch wenn der Darlehnsgeber das Grundstück im entschuldbaren Irrtum für sui juris gehalten hat, ferner auch bei versio in rem patris, wovon obige Stelle handelt, wenn der Hausſohn das aufgenommene Geld zum Vorteil des Vaters verwendet hatte, und zwar zeigt die Stelle, daß diese Ausnahme weit ausgedehnt wurde, daß, wenn z. B. der Vater seinem studierenden Sohn den Wechsel nicht rechtzeitig schickte, dieser dann durch ein Darlehen in Höhe des Wechsels sich vollgültig verpflichten konnte.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch greifen die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit § 104 ff. ein. Mit Erreichung der Volljährigkeit, mit dem 21. Lebensjahre, ist man vollständig unbeschränkt geschäftsfähig. Vom 7. bis 21. Jahre ist der Minderjährige beschränkt geschäftsfähig, d. h. zu jeder Willenserklärung, die nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil mit sich bringt, bedarf er der Einwilligung seines Vaters, erst durch diese wird die Willenserklärung zu einer rechtlich voll wirksamen.

Auftrag (§ 662—676 BGB.).

45.

L 27 § 2 Dig. 17, 1.

Pflichten des Beauftragten.

Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare ut is si velit alterius opera utatur: quod si, cum possit nuntiare cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si ali-

Mandati vel contra.

Wer einen Auftrag übernommen hat, der darf das übernommene Geschäft, wenn er es zu erfüllen imstande ist, nicht aufgeben, oder er wird auf das Interesse des Auftraggebers verurteilt. Wenn er aber einsieht, daß er das übernommene Geschäft nicht ausführen kann, so muß er dies sobald als möglich dem Auftraggeber mitteilen, damit dieser, wenn er will,

Digitized by Google

qua ex causa non poterit nuntiare, securus erit.

sich der Mühewaltung eines Andern bedienen kann. Hat er, obgleich er die Anzeige machen konnte, damit gezögert, so wird er auf das Interesse des Auftraggebers haften. Falls er aber aus irgend einem Grunde die Meldung nicht machen konnte, so wird er frei von Haftung sein.

Nach beiden Rechten ist der Auftrag, mandatum, die vertragsmäßige unentgeltliche Übernahme der Geschäftsbesorgung für einen Andern. Aus diesem Rechtsverhältnis erwächst für den Beauftragten die Pflicht, den übernommenen Auftrag sorgfältig und im Zweifel persönlich auszuführen (§ 662, 664 BGB.). Erfüllt er diese Pflichten nicht, so macht er sich dem Auftraggeber schadenersatzpflichtig. Einen Rücktritt seinerseits vom Auftragsverhältnis kann er durch jederzeitige schriftliche Kündigung herbeiführen. Diese Kündigung darf jedoch nicht zur Unzeit geschehen, sonst hat der Beauftragte ebenfalls dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. § 671, 2 BGB. bestimmt hierüber: Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt.

46.

L 34 § 1 Dig. 17, 1.

Mandati vel contra.

Cum heres ex parte esses, mandavi tibi, ut praedium hereditarium mihi emeres certo pretio: emisti. pro coheredum quidem partibus non dubie mandati actio est inter nos. pro tua autem parte posse dubitari ait, utrumne ex empto an mandati agi oporteat: neque enim sine ratione quem existimaturum pro hac parte sub condicione contractam emptionem. quod quidem maxime quaeri pertinere ait, ut, si forte priusquam emptio fieret decesserim et tu, cum scires me decessisse, propter mandatum meum alii vendere nolueris, an heres meus eo nomine tibi sit obligatus, et retro, si alii vendideris, an heredi meo tenearis. nam si quidem sub condicione emptio facta videtur, potest agi, quemadmodum si quaevis alia condicio post mortem exstitisset: sin vero perinde mandati agendum sit, ac si alienum fundum emi mandassem, morte insecuta, cum id scieris, resoluto mandato nullam tibi actionem cum herede meo fore. sed et

Ich habe dir aufgetragen, aus einer Erbschaft, an der du selbst teilhattest, für einen bestimmten Preis ein Gut zu kaufen. Du hast es gekauft. Hinsichtlich der Anteile deiner Miterben findet unstreitig zwischen uns die Auftragsklage statt, wegen deines Anteils aber, sagt er, kann Zweifel bestehen, ob die Kauf- oder die Auftragsklage anzustellen sei. Denn nicht ohne Grund kann man annehmen, daß wegen dieses Teiles ein Kauf unter einer Bedingung abgeschlossen sei. Diese Frage, sagt er, ist von großem Einfluß, z. B. wenn ich, ehe der Kauf geschlossen wird, sterbe und du, da du meinen Tod weißt, des Auftrags wegen nicht an einen Andern verkaufen willst, ob dann mein Erbe dir verantwortlich ist, und umgekehrt, ob du meinem Erben hastest, wenn du an einen Andern verkauft hast? Denn wenn ein bedingter Kauf als vorhanden angenommen wird, so kann geklagt werden, wie wenn irgend eine andere Bedingung nach dem Tode eingetreten

Digitized by Google

si mandati agendum esset, eadem praestanda, quae praestarentur, si ex empto ageretur.

wäre. Wäre aber ebenso, wenn ich ein fremdes Grundstück zu kaufen aufgetragen hätte, die Auftragsklage anzustellen, so wird, nachdem der Tod erfolgt ist und du dies gewußt hast, wegen Aufhebung des Auftrags jede Klage zwischen dir und meinen Erben wegfallen. Wenn aber auch die Auftragsklage angestellt werden mußte, so ist dasselbe zu leisten, wie wenn aus dem Kauf geklagt worden wäre.

Wegen des einfachen Tatbestandes im ersten Teil dieses Beispiels ist die Frage, ob hinsichtlich des Anteils der Beauftragten an dem Gute ein Auftrag oder ein Kauf vorliegt, nach beiden Rechten ohne Bedeutung, denn wie am Ende der Stelle selbst entschieden wird, ist auf beide Klagen hin dasselbe zu leisten. Nach meinem Dafürhalten liegt ein Kauf vor, und zwar unter der Bedingung, daß der Verkäufer auch in der Lage ist, dem Käufer die Anteile an dem Gute mit zu übermachen.

Stirbt „der Auftraggeber oder Käufer", so ist dies nach bürgerlichem Recht in beiden Fällen ohne Einfluß auf das Rechtsverhältnis. Denn in beiden Rechtsverhältnissen tritt nach dem Bürgerlichem Gesetzbuch der Erbe des „Auftraggebers oder Käufers" in die Rechte und Pflichten seines Erblassers ein. Nach römischem Recht erlischt dagegen der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers, dagegen tritt beim bedingten Kauf der Erbe in das Rechtsverhältnis ein, wie obiges Beispiel richtig angibt.

Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677—687 BGB.).

47.

L 5 § 5 (L 6 § 3) Dig. 3, 5.

Negotiorum gestio.

Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius, quam meum negotium gessisse, qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro non meo commodo studet: sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.

De negotiis gestis.

Aber auch, wenn jemand meine Geschäfte nicht aus Rücksicht auf mich, sondern nur seines Vorteils willen geführt hat, so hat Labeo geschrieben, habe er vielmehr sein als mein Geschäft geführt, denn wer, um Gewinn zu ziehen, an die Geschäftsführung herangeht, der befleißigt sich seines Vorteils, nicht meines Nutzens. Aber nichtsdestoweniger wird auch er mir mit der Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag haften. Er selbst jedoch hat, wenn er in Ansehung meiner Sachen etwas aufgewendet haben sollte, nicht auf das, was ihm fehlte, eine Klage gegen mich, weil er unredlich an die Geschäfte gegangen ist, sondern nur insofern, als ich reicher geworden bin.

Hat jemand für einen Andern Geschäfte geführt, ohne von ihm dazu beauftragt oder verpflichtet zu sein, so entsteht nach beiden Rechten ein dem

Digitized by Google

Auftrag ähnliches Rechtsverhältnis, die Geschäftsführung ohne Auftrag, negotiorum gestio, wenn die Geschäftsführung dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn entspricht, oder wenn dieser sie genehmigt, oder wenn der Geschäftsführer im öffentlichen Interesse oder bei Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht gehandelt hat, nicht aber, wie in obiger Stelle, wenn die Geschäftsführung mehr im Interesse des Führenden liegt. Die Haftung des Geschäftsführers im letzten Falle wird jedoch nicht berührt, der Geschäftsherr haftet ihm jedoch nicht, er hat lediglich das durch die Geschäftsführung Erlangte als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.

Verwahrung (§ 688—700 BGB.).

48a.

L 1 pr. § 1 Dig. 16, 3.

Depositi vel contra.

Definition und depositum miserabile.

Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur. praepositis enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet. Praetor ait: Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum judicium dabo.

Niedergelegt ist, was jemand zum Bewahren gegeben ist, daher so genannt, weil es gelegt wird, denn das Vorwort nieder verstärkt den Begriff des Niedergelegten, sodaß es anzeigt, es sei das, was zur Bewahrung einer Sache gehört, ganz der Redlichkeit des Verwahrers überlassen.

Der Prätor sagt: Wenn etwas weder eines Aufruhrs, noch einer Feuersbrunst, noch eines Einsturzes, noch eines Schiffbruchs wegen niedergelegt worden ist, so werde ich eine Klage auf das Einfache, wegen der oben bezeichneten Umstände gegen ihn selbst auf das Doppelte, gegen den Erben, wenn etwas durch die böse Absicht des Verstorbenen geschehen ist, auf das Einfache, wenn aber durch seine selbst, auf das Doppelte geben.

Verwahrung ist ein Vertrag, wonach der Verwahrer, Depositar, verpflichtet ist, eine ihm von dem Hinterleger, Deponenten, übergebene bewegliche Sache aufzubewahren (nicht zu verwechseln mit depositio, der Hinterlegung an Erfüllungsstatt, depositum ist Selbstzweck, depositio Mittel zum Zweck).

Nach **römischem Recht** war das depositum streng unentgeltlich, nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** kann es entgeltlich sein; es besteht jedoch dann ein Unterschied in der Haftung. Während bei der unentgeltlichen Verwahrung der Verwahrer wie im römischen Recht nur für diligentia quam in suis rebus, für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, einzustehen hat (§ 690 BGB.), tritt bei der entgeltlichen Verwahrung eine Haftung für omnis culpa, für jede Fahrlässigkeit, ein (§ 276 BGB.).

§ 1 obiger Stelle gibt die Sondervorschriften über das depositum miserabile. Wenn nämlich ein Verwahrungsvertrag in unruhigen Zeiten abgeschlossen wurde, als der Hinterleger sich in bedrängter Lage befand und sodann der Verwahrer der actio depositi directa auf Rückgabe der hinterlegten

Digitized by Google

Sache gegenüber deren Empfang leugnete, so ging, falls er überführt wurde, die condemnatio auf das Doppelte der hinterlegten Sache.

Dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist diese Sonderbestimmung fremd.

48b.

L 29 § 1 Dig. 16, 3.

Depositum irregulare.

Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei judiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.

Depositi vel contra.

Wenn mit meiner Erlaubnis das verwahrte Geld der, bei dem es in Verwahrung gegeben worden ist, gebrauchen sollte, so wird er gezwungen, mir, wie bei den übrigen Geschäften guten Glaubens, Zinsen wegen desselben zu leisten.

Diese Stelle behandelt das depositum irregulare: der Hinterleger gestattet dem Verwahrer, die hinterlegte Sache zu gebrauchen. Aus dieser Gebrauchsüberlassung entspringt für den Verwahrer die Zinspflicht. Für den letzteren wurde durch dieses depositum der gleiche wirtschaftliche Erfolg erreicht, wie beim Darlehen. Doch unterschied es sich im **römischen Recht** durch folgende drei Besonderheiten vom Darlehen:

1. Das depositum war streng unentgeltlich, das Darlehen konnte durch Stipulierung von Zinsen entgeltlich gemacht werden.
2. Die condemnatio aus dem depositum irregulare macht infam, die aus dem Darlehen nicht.
3. Der Darlehnsklage gegenüber konnte sich ein Hauskind auf das S. C. Macedonianum berufen, der Depositalklage gegenüber nicht.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** läßt bei einem Verwahrungsvertrag über Geld oder andere vertretbare Sachen, bei dem bestimmt ist, daß die Sache in das Eigentum des Verwahrers übergehen soll und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben, die Vorschriften über das Darlehen in Anwendung kommen. Bei diesem würden ohne besondere Vereinbarung entgegen der Vorschrift des römischen Rechts Zinsen nicht zu fordern seien, nur bei der Verwendung von Geld entspringt eine gesetzliche Zinspflicht vom Zeitpunkt der Verwendung an (§ 698 BGB.). Nur hinsichtlich der Zeit und dem Ort der Rückgabe kommen im Zweifel die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag in Anwendung (§ 700 BGB.). Hinsichtlich der Zeit der Rückgabe bestimmt § 695 BGB., daß der Hinterleger jederzeit die Rückgabe verlangen kann, selbst wenn eine bestimmte Zeit ausgemacht worden ist. Der Verwahrer kann nach § 696 eine vorzeitige Rückgabe nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fordern. Über den Ort der Rückgabe vergleiche die nächste Stelle.

49.

L 12 pr. § 1 Dig. 16, 3.

Ort der Rückgabe.

Si in Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, videtur id actum, ut non impensa eius id fiat, apud quem depositum sit, sed eius qui deposuit.

Depositi vel contra.

Wenn in Asien etwas mit der Bestimmung hinterlegt worden ist, daß es in Rom zurückgegeben werde, so scheint das beabsichtigt zu sein, daß dies nicht auf Kosten desjenigen gehe,

Digitized by Google

Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei judiciis. sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut andiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur.

bei dem hinterlegt worden ist, sondern auf Kosten des Hinterlegenden.

Das Hinterlegte muß an dem Ort zurückgegeben werden, wo es sich ohne böse Absicht desjenigen befindet, bei welchem es niedergelegt worden ist. Wie es hinterlegt worden ist, ist ohne Belang. Das Gleiche gilt bei allen Rechtsgeschäften guten Glaubens. Aber man muß sagen, daß, wenn Kläger will, daß die Sache auf seine Kosten und Gefahr nach Rom geschafft werde, er zu hören sei, weil dies auch bei den Klagen auf Auslieferung betrachtet wird.

Hinsichtlich des Ortes der Rückgabe gilt also der Grundsatz: Depositalschulden sind Holschulden, d. h. die Rückgabe hat am Orte des Verwahrers zu erfolgen.

Das **römische Recht** ließ jedoch eine abweichende Vereinbarung über den Ort der Rückgabe zu. Des weiteren konnte der Grundsatz noch dadurch durchbrochen werden, daß der Hinterleger sich erbot, die Sache auf seine Kosten und Gefahr an einen andern Ort schaffen zu lassen.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** hält an dem Grundsatz streng fest (§ 697), und zwar gilt als Ort der Rückgabe der, an dem die Aufbewahrung zu erfolgen hatte (§ 269 BGB.), und bestimmt entgegen obiger Stelle, daß der Verwahrer nicht verpflichtet ist, die Sache dem Hinterleger zu bringen. Natürlich kann der gleiche Erfolg, der im römischen Recht aus dem Depositum selbst hergeleitet wird, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch durch einen besonderen Werkvertrag oder Auftrag erreicht werden.

50.

Gesellschaft (§ 705—740 BGB.).

L 31 u. 32 Dig. 17, 2.

Definition, Abgrenzung von Gemeinschaft.

Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim eminus partes eorum non socii futuri.

Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur.

Pro socio.

Soll die Gesellschaftsklage stattfinden, so muß eine Gesellschaft vorhanden sein. Denn das genügt nicht allein, daß eine Sache mehreren gemeinschaftlich ist, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag hinzukommt. In Gemeinschaft kann aber eine Sache auch ohne Gesellschaftsvertrag geführt werden, wenn man z. B. ohne die Absicht, eine Gesellschaft zu gründen, zufällig in Gemeinschaft kommt, sowie es geschieht, wenn eine Sache zweien vermacht ist, ferner wenn von zweien zugleich eine Sache gekauft ist, oder wenn uns gemeinschaftlich eine Erbschaft oder Schenkung zufällt, oder wenn wir von zweien getrennt deren

Digitized by Google

Anteil gekauft haben, ohne Gesellschafter sein zu wollen.

Denn wenn nach vorhergegangener Unterhandlung eine Gesellschaft geschlossen worden ist, so findet die Gesellschaftsklage Anwendung, wenn ohne Unterhandlung, so erscheint de Gemeinschaft als in der Sache und dem Geschäft selbst liegend.

Dieses Beispiel gibt uns den Unterschied zwischen Gesellschaft, societas, und Gemeinschaft, communio. Nach beiden Rechten ist die societas eine vertragsmäßige Vereinigung mehrerer bestimmter Personen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke durch gemeinschaftliche Förderung, die communio die zufällige Vermögensgemeinschaft.

Zwischen der societas des römischen Rechts und der Gesellschaft des heutigen Recht bestehen wieder tiefgreifende Unterschiede. Während das Gesellschaftsvermögen bei ersterer ein Vermögen nach Bruchteilen, ein condominium plurium pro partibus indivisis war, ist bei der heutigen Gesellschaft das gemeinschaftliche Vermögen ein deutschrechtliches Gesamthandvermögen, wobei dem Einzelnen Miteigentum am gesamten Vermögen zusteht.

Dieses Gesamthandvermögen bindet die Gesellschafter fest aneinander, niemand kann Teilung verlangen, und niemand kann über seinen Anteil verfügen. Das römischrechtliche condominium ist lediglich eine obligatorische Gebundenheit, jederzeit kann Teilung verlangt werden, und jeder kann über seinen Anteil verfügen.

51.

L 29, Dig. 17, 2.

Bestimmungen über die Anteile der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen.

Pro socio.

Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa. Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demun valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est. plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare:

Wenn bei dem Gesellschaftsvertrag die Anteile nicht bestimmt worden sind, so sind sie unstreitig gleich. Wenn aber nun vereinbart worden ist, daß der eine zwei oder drei Anteile haben soll, der andere einen, gilt dies? Ich bin der Meinung, daß es Geltung hat, wenn nur der eine in irgend einer Art mehr der Gesellschaft gebracht hat, sei es an Geld oder Arbeit oder sonst aus irgend einem Grunde.

Cassius ist der Meinung, eine Gesellschaft könne so eingegangen werden, daß der eine nichts vom Schaden tragen soll, der Gewinn aber allen gemeinsam sein soll. Dies kann aber, wie auch Sabinus schreibt, nur dann gelten, wenn die Arbeit soviel wert ist, wie der Schaden. Denn häufig ist die Tätigkeit eines Genossen so groß, daß sie der Gesellschaft mehr einbringt,

Digitized by Google

et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.

als das Geld, so z. B. wenn er allein zu Schiffe fährt, allein reist, allein die Gefahren übernimmt.

Aristo erzählt, Cassius habe begutachtet, eine solche Gesellschaft, bei der den einen nur Gewinn, den andern nur Schaden treffe, könne nicht eingegangen werden, und man pflege eine derartige Gesellschaft Löwengesellschaft zu nennen. Auch ich stimme darin überein, daß eine solche Gesellschaft, wo der eine den Gewinn, der andere keinen Gewinn, aber den Schaden hat, nichtig ist. Denn das ist eine höchst ungerechte Art der Gesellschaft, bei der der eine nur Schaden, nicht auch Gewinn zu erwarten hat.

Wie die Gesellschafter im Zweifel gleiche Beiträge der Gesellschaft zu leisten haben, so sind sie auch nach beiden Rechten im Zweifel zu gleichen Anteilen am Schaden wie am Gewinn beteiligt (§ 722 BGB.). Es ist jedoch zugelassen, die Anteile verschieden zu bestimmen. Dies entspricht ohne weiteres der Billigkeit, wenn ein Gesellschafter mehr als ein anderer der Gesellschaft beisteuert. Inwieweit die Eingehung einer Gesellschaft im Beispiele des Cassius, bei welchem der eine der Gesellschafter gar nicht am Schaden, am Gewinn aber gleich den andern beteiligt ist, nicht gegen die guten Sitten verstößt und somit nach § 138 BGB. nichtig ist, ist Tatfrage. Es kommt, wie Cassius richtig entscheidet, darauf an, ob der bevorrechtigte Gesellschafter auch so viel mehr der Gesellschaft leistet, daß die Verteilung der Tragung des Schadens und Gewinnes als billig angesehen werden kann. Dagegen liegt ohne Zweifel im letzten Beispiel bei der sog. **societas leonina** (der Name leitet sich von einer äsopischen Fabel ab) keine Gesellschaft vor. Eine solche könnte höchstens als Schenkung oder als Bürgschaft Geltung haben.

Die Verteilung des Gewinnes und Verlustes kann nur in einem passenden Zeitpunkt erfolgen. Im bürgerlichen Recht bestimmt § 721 BGB., daß die Abrechnung und Verteilung erst nach der Auflösung stattfinden soll, daß jedoch im Zweifel, wenn die Gesellschaft von längerer Dauer ist, der Rechnungsabschluß und die Gewinnverteilung am Schlusse des Geschäftsjahres erfolgen soll.

52.

L 72 Dig. 17, 2.

Haftung der Genossen.

Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.

Pro socio.

Ein Gesellschafter ist seinen Mitgesellschaftern auch für Verschulden verantwortlich, das heißt nur für Trägheit und Nachlässigkeit. Das Versehen ist aber nicht auf die genaueste Sorgfalt auszudehnen. Denn es ist genügend, in gemeinschaftlichen Angelegenheiten eine solche Sorgfalt anzuwenden, welche man in seiner eigenen Angelegenheit anzuwenden pflegt, weil,

Digitized by Google

wer einen nicht hinlänglich sorgfältigen Gesellschafter sich aussucht, dies sich selbst zuzuschreiben hat.

Ebenso wie im römischen Recht nach dieser Stelle hat auch im Bürgerlichen Gesetzbuch ein Gesellschafter bei Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 708 BGB.), für diligentia quam in suis rebus, zum mindesten jedoch für grobe Fahrlässigkeit (§ 277 BGB.).

Zu bemerken ist noch, daß eine compensatio damni cum lucro nicht stattfindet, daß also ein Gesellschafter gegen den durch sein Verschulden verursachten Schaden nicht die der Gesellschaft in andern Fällen verschafften Vorteile aufrechnen kann.

53.

L 65 § 6 Dig. 17, 2.

Beendigung der Gesellschaft.

Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium, aeque praestabit portionem: nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit. Quod si tempus finitum est, liberum est recedere, quia sine dolo malo id fiat.

Pro socio.

So befreit auch der, der eine Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist, durch Aufkündigung vor der Zeit den Gesellschafter von sich, nicht aber sich von dem Gesellschafter. Wenn also nachher ein Gewinn gemacht worden ist, so nimmt er daran keinen Anteil, wenn aber ein Schaden entstanden ist, so hat er nach wie vor seinen Anteil zu tragen, es müßte denn die Aufkündigung aus irgend einem wichtigen Grunde geschehen. Ist die Zeit abgelaufen, so steht ihm frei, auszuscheiden, denn dies geschieht ohne böse Absicht.

Das **Ende einer Gesellschaft** kann eintreten

1. aus objektiven Gründen:
   a. durch Ablauf der Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen ist,
   b. durch Erreichung des beabsichtigten Zweckes oder durch dessen Unmöglichwerden (§ 726 BGB.),
2. durch Vereinbarung aller Gesellschafter,
3. durch Gründe, die in der Person eines Gesellschafters liegen:
   a. Tod eines Gesellschafters (§ 727 BGB.),
   b. durch Kündigung seitens eines Gesellschafters (§ 723 BGB.). Dieselbe kann durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden. Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit oder auf Lebenszeit geschlossen, so kann jederzeit gekündigt werden. Eine unzeitige Kündigung ohne wichtigen Grund macht aber schadenersatzpflichtig. Über die Rechtsfolgen der Kündigung im römischen Recht gibt die Stelle Aufschluß. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann jederzeit gekündigt werden, auch wenn die Gesellschaft auf Zeit eingegangen ist (§ 723 BGB.). Die Kündigung kann auch durch einen Gläubiger eines Gesellschafters erfolgen, und zwar auch ohne Frist, wenn dieser auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Titels die Pfändung des Anteils des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen erwirkt hat (§ 725 BGB.),

Digitized by Google

c. durch Konkurs eines Gesellschafters (§ 728 BGB.),
d. durch Ausschluß eines Gesellschafters wegen eines wichtigen Grundes (§ 737 BGB.).

In den Fällen zu 3 kann im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart werden, bei Tod eines Gesellschafters auch mit dessen Erben, was nach römischem Recht wegen der rein obligatorischen Gebundenheit der Gesellschafter nicht möglich war.

Bürgschaft (§ 765—778 BGB.).

54.

§ 5. I. III, 20.

Haftung des Bürgen.

Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur: nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur: contra vero non potest obligari. item si ille pure promiserit, fidejussor sub condicione promittere potest: contra vero non potest. non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur. plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.

De fidejussoribus.

Bürgen können sich nicht derartig verbindlich machen, daß sie mehr schulden, als der, für den sie sich verpflichten. Denn ihre Verpflichtung ist nur ein Zusatz zur Hauptverbindlichkeit, und im Zusatz kann bekanntlich nicht mehr enthalten sein als in der Hauptverbindlichkeit. Umgekehrt aber können sie sich so verbürgen, daß sie weniger schulden. Hat daher der Hauptschuldner 10 Goldstücke versprochen, so kann sich der Bürge rechtsgültig auf 5 verpflichten. Umgekehrt kann er sich aber nicht verpflichten. Ebenso kann er, wenn jener unbedingt versprochen hat, bedingungsweise versprechen, nicht aber umgekehrt. Ein Mehr oder Weniger wird aber nicht nur der Summe, sondern auch der Zeit nach verstandeu, denn es ist mehr, sogleich etwas zu geben, weniger erst nach einiger Zeit etwas zu gewähren.

Eine Bürgschaft liegt vor, wenn jemand, der Bürge, dem Gläubiger eines Dritten gegenüber sich verpflichtet, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. In Rom diente zur Begründung einer Bürgschaft die sponsio, fidejussio und fideipromissio.

Der Bürge tritt in ein Schuldverhältnis als Schuldner neben den Hauptschuldner ein, seine Verpflichtung ist nur eine accessio principalis obligationis. Aus dieser akzessorischen Natur folgt, daß der Bürge sich nicht zu mehr verpflichten kann als der Hauptschuldner. Nach römischem Recht war in diesem Falle die ganze Verbindlichkeit des Bürgen nichtig, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist sie nur hinsichtlich des Übermaßes wirkungslos, § 767 bestimmt, daß für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist. Umgekehrt kann sich aber ein Bürge wohl auf ein geringeres als die Hauptverbindlichkeit verpflichten.

Digitized by Google

54b.

L 4 Dig. 16, 2.

Aufrechnungseinrede.

Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest.

De Compensationibus.

Es ist wahr, was Neratius annahm und auch Pomponius sagte, daß ein Bürge infolge eines jeden Kontraktes umsoweniger schulde, als der Hauptschuldner mittels der Aufrechnung zurückhalten kann. Denn sowie ich, wenn ich vom Schuldner in diesem Falle das Ganze fordern, nicht recht fordere, so ist auch der Bürge von Rechtswegen nicht auf einen größeren Betrag haftbar, als auf den, in welchen der Schuldner verurteilt werden kann.

Aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft (vgl. die vorige Stelle) folgt, daß grundsätzlich dem Bürgen gegen die Forderung des Gläubigers alle Einwendungen zustehen, die der Hauptschuldner anbringen kann.

Für das **römische Recht** hatte dieser Grundsatz auch hinsichtlich der Aufrechnungseinrede Geltung, wie obige Stelle zeigt. Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** kann jedoch der Bürge aus der Person des Hauptschuldners nicht aufrechnen und auch nicht anfechten. Er kann in diesem Falle nur die Leistung verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, und solange sich der Hauptschuldner durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Gläubigers befriedigen kann (§ 776 BGB.).

55.

L 63 Dig. 46, 1.

Beneficium excussionis personalis et realis.

Inter creditricem et debitorem pactum intercesserat, ut, si centum, quae mutua dederit, ubi primum petita fuissent, non solverentur, ornamenta pignori data intra certum tempus liceret ei vendere et si quo minoris venissent, quodque sortis vel usurarum nomine deberetur, id creditrici redderetur et fidejussor acceptus est: quaesitum est, an fidejussor in universam summam obligari potuerit. respondit secundum ea quae proponerentur teneri fidejussorem in id quod minus ex pignoribus venditis redactum esse.

De fidejussoribus et mandatoribus.

Zwischen einer Gläubigerin und ihrem Schuldner war ausgemacht worden, daß wenn die Hundert, die sie zum Darlehen gegeben hatte, sobald sie gefordert wären, nicht gezahlt würden, sie den zum Pfand gegebenen Schmuck innerhalb einer bestimmten Zeit verkaufen dürfe, und daß, wenn er etwa um weniger verkauft wäre, als was als Hauptsumme und Zinsen geschuldet würde, dies der Gläubigerin noch erstattet werden sollte, und es ist ein Bürge für dieses Paktum angenommen worden. Man hat gefragt, ob der Bürge auf die ganze Summe habe verbindlich gemacht werden können.

(Scaevola) hat das Gutachten erteilt, den angeführten Umständen ge-

Digitized by Google

mäß sei der Bürge auf das gehalten, was man weniger aus den verkauften Pfändern gelöst hätte.

Ein Gläubiger hat zur Sicherung einer Forderung sowohl ein Pfand in den Händen, als auch ist noch ein Bürge eingetreten. Wie haftet der Bürge? Die Haftung des Bürgen ist nach beiden Rechten eine subsidiäre, d. h. der Gläubiger muß sowohl zunächst den Hauptschuldner in Anspruch nehmen, als auch aus einer etwa gegebenen Pfandsache Befriedigung suchen, ehe er an den Bürgen herantreten kann. Es besteht das beneficium excussionis personalis und realis. Von letzterem handelt obige Stelle. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es behandelt in § 721: Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er erst aus dieser Befriedigung suchen.

Hinsichtlich des beneficium excussionis personalis, der Einrede der Vorausklage, das ohne Beschränkung im römischen Recht erst durch Justinian eingeführt worden ist, besteht im Bürgerlichen Gesetzbuch die Bestimmung in § 771, daß der Bürge die Befriedigung verweigern kann, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen in den Fällen des § 775 BGB.

Neben diesen Einreden standen im römischen Recht dem Bürgen noch das beneficium cedendarum actionum und divisionis zu, hierüber die folgende Stelle.

56.

§ 4. I. III, 20.

Beneficium divisionis.

Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere. ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. sed et si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit solvendo non sit: et sibi imputare debet, cum potuerit adjuvari ex epistula divi Hadriani et desiderare, ut pro parte in se detur actio.

De fidejussoribus.

Wenn mehrere Bürgen vorhanden sind, so haften sie, soviel ihrer auch sein mögen, jeder einzelne für das Ganze. Es steht daher dem Gläubiger frei, von wem er will, das Ganze zu fordern. Aber nach einem Briefe des verewigten Hadrian wird der Gläubiger angehalten, von den einzelnen, wenigstens wenn sie zur Zeit der Einleitung des Verfahrens zahlungsfähig sind, die Anteile einzufordern, und wenn mithin einer von den Bürgen nicht zu dieser Zeit zahlungsfähig ist, so fällt dies den übrigen zur Last. Hat aber der Gläubiger von einem Bürgen das Ganze erlangt, so wird es diesem allein zum Schaden gereichen, wenn der, für den er gutgesagt hat, zahlungsunfähig ist. Und er muß es sich zuschreiben, daß ihm durch den Brief Hadrians geholfen werden konnte und er verlangen konnte, daß die Klage nur in Höhe seines Anteils gegen ihn angestrengt wurde.

Nach **altem römischen Recht** standen mehrere Bürgen dem Gläubiger als einzelne gegenüber, der Gläubiger konnte von jedem das Ganze fordern, und

Digitized by Google

die Mitbürgen konnten untereinander keinen Regreß nehmen. Dies änderte eine Bestimmung Hadrians. Diese gewährte dem in Anspruch genommenen Bürgen das beneficium divisionis. Auf Grund dessen konnte der Bürge auf seine Mitbürgen verweisen und brauchte nur den auf ihn fallenden Kopfteil zu zahlen, mit der Einschränkung, die sich aus obiger Stelle ergibt, daß nicht zahlungsfähige Bürgen nicht mitzuzählen waren. Dieses beneficium wirkte nur einredeweise, ope exceptionis, nicht ipso jure. Unterließ also der in Anspruch genommene Bürge die Einrede, so mußte er das Ganze zahlen.

Nach dem **Bürgerlichem Gesetzbuch** haften mehrere Bürgen als Gesamtschuldner, d. h. es ist jeder zur Bewirkung der ganzen Leistung verpflichtet, der Gläubiger ist aber nur berechtigt, einmal zu fordern. Dem Gläubiger steht es frei, von wem und in welcher Höhe er eventuell von mehreren die Leistung fordern will, sämtliche Bürgen bleiben bis zur Bewirkung der ganzen Leistnng verpflichtet (§ 421 BGB.). Als Gesamtschuldner sind nun die Bürgen im Verhältnis zu einander regreßpflichtig, und zwar im Zweifel zu gleichen Anteilen (§ 426 BGB.). Die Bestimmung bez. der nicht zahlungsfähigen Bürgen findet auch im Bürgerlichen Gesetzbuch Anwendung.

Neben dieser Bestimmung stand **in Rom** den Bürgen noch das beneficium cedendarum actionum zur Seite. An und für sich hatte nämlich in Rom der Bürge keinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner, es sei denn daß er sich mit der actio mandati contraria oder mit der actio negotiorum gestorum contraria helfen konnte, wenn er auf Grund eines Auftrags oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag die Verbürgung vorgenommen hatte. Das spätere Recht gewährte jedoch dem Bürgen das beneficium cedendarum actionum, d. h. die Einrede, daß er den Gläubiger nur dann zu befriedigen brauche, wenn dieser ihm seinen Anspruch gegen den Hauptschuldner abtrat.

Nach dem **Bürgerlichem Gesetzbuch** geht, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über (§ 774 BGB.).

57.

L 24 Dig. 46, 1.

Mandatum qualificatum.

Lucius Titius cum pro Seio fratre suo apud Septicium intervenire vellet, epistulam ita emisit: si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo: post quam epistolam Septicius Seio pecuniam numeravit: deinde Titius inter reliquos et Seium fatrem pro tertia parte reliquit heredem. quaero, an, quia adversus Seium debitorem Septicii confusa sit actio pro tertia parte, qua Titio fatri suo heres exstitit, cum coheredibus eius agere in solidum possit. Marcellus respondit cum coherede Seii non pro maiore quam hereditaria parte mandati agi posse.

De fidejussoribus et mandatoribus.

Lucius Titius hat, da er für seinen Bruder Sejus bei Septitius eintreten wollte, an den letzteren einen Brief folgenden Inhalts abgeschickt: Ich bitte dich, daß du, wenn dich mein Bruder um Geld gebeten haben sollte, ihm dasselbe auf meinen Kredit und meine Gefahr geben mögest. Nachdem Septitius diesen Brief erhalten hatte, zahlte er dem Sejus das gewünschte Geld. Sodann hat Titius unter anderen auch seinen Bruder Sejus auf ein Drittel zum Erben eingesetzt. Ich frage, ob, da gegen den Schuldner Sejus die Klage des Septitius zum dritten Teil, zu welchem jener Erbe des Titius geworden ist, durch Vereinigung in einer Person erloschen ist, Septitius gegen die Miterben desselben

Digitized by Google

auf das Ganze klagen kann? Marcellus hat das Gutachten erteilt, daß gegen die Miterben des Sejus nicht auf einen größeren Teil als nach dem Verhältnis seines Erbteils die Auftragsklage angestrengt werden könne.

Infolge des Briefes des Titius an Septicius, in dem dieser jenen anweist, seinem Bruger Sejus Geld zu borgen, hat sich Titius als Bürge verpflichtet. Es liegt ein mandatum qualificatum, ein Kreditauftrag, vor. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kommen auf diesen, abgesehen von der Haftung des Auftraggebers, die Rechtssätze über den Auftrag zur Anwendung (§ 778 BGB.). Er bedarf daher nicht der für die eigentliche Bürgschaft vorgeschriebenen Schriftlichkeit, kann jederzeit vom Auftraggeber widerrufen werden und erlischt im Zweifel mit dem Tod des Beauftragten. Im obigen Beispiel ist nun der Auftraggeber gestorben. Seine Erben haften für seine sämtlichen Verbindlichkeiten, also auch für die Bürgschaft. Unter seinen Erben ist Sejus zu einem Dritteil berechtigt und verpflichtet. Infolge dieses Erbteils erlischt die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft in Höhe eines Drittels, denn es kann nicht dieselbe Person gleichzeitig Schuldner und Bürge sein. Es fragt sich nun, ob damit auch die Bürgschaft des Titius und somit der Erben um ein Dritteil verringert ist. Diese Frage ist bejahend entschieden worden.

Ungerechtfertigte Bereicherung (§ 712—822 BBG.).

58.

L 2 Dig. 12, 7.

De condictione sine causa.

Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque invenerit dominus vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.

Wenn ein Tuchbereiter Kleider, um sie zu waschen, gemietet hat, sodann sie verloren hat und, von dem Eigentümer aus dem Mietvertrage belangt, den Wert ersetzt hat, wenn dann später der Eigentümer die Kleider gefunden haben sollte, mit welcher Klage muß er wohl den Wert, den er ersetzt hat, wiederzubekommen suchen? Cassius sagt, daß er nicht bloß aus dem Mietkontrakte klagen, sondern auch wegen ungerechtfertigter Bereicherung den Eigentümer belangen könne. Ich glaube, daß er Klage aus dem Mietkontrakt auf jeden Fall hat. Ob er auch kondizieren kann, ist eine Streitfrage, weil er ja nicht eine Nichtschuld gezahlt hat, wenn wir nicht etwa der Meinung sind, daß er den Wert gleichsam als ohne Grund gegeben mit der Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung wiederzuerlangen suchen könne. Denn nachdem die Kleider wiedergefunden sind, scheint der Ersatz gleichsam ohne Grund gegeben zu sein.

Digitized by Google

§ 812, Satz 1 BGB. bestimmt: Wer durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.

In unserm Falle hat nun der Eigentümer der Kleider sowohl diese wie auch den Ersatz für sie in den Händen. Es fragt sich, mit welcher Klage der Ersatz zurückgefordert werden kann. Nach **römischem Recht** ist in diesem Falle zunächst die actio locati conducti contraria, die der Mieter wegen seiner aus dem Mietverhältnis entspringenden Gegenansprüche gegen den Vermieter hatte, am Platze. Fraglich ist, ob auch eine Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung, und zwar in diesem Falle die condictio sine causa gegeben ist, denn streng aufgefaßt beruhte die Hingabe des Ersatzes sehr wohl auf einem Rechtsgrund, dieser ist nur später durch die Auffindung der Kleider wieder weggefallen. Das **Bürgerliche Gesetzbuch** entscheidet diese Streitfrage, denn es bestimmt in § 812, daß die Verpflichtung zur Rückgabe auch dann besteht, wenn der rechtliche Grund, auf den hin die Hingabe erfolgt ist, später wegfällt.

Eine weitere Streitfrage liegt noch in obiger Stelle: Welches ist das Verhältnis zwischen der condictio und der Vertragsstrafe? (Nach bürgerlichem Recht kann bei obigem Falle ein Streit allerdings nicht vorliegen, da wir die actio locati conducti contraria in dieser Ausdehnung nicht kennen.) Diese Streitfrage ist nicht entschieden. Die einen, wie auch obige Stelle, stellen die beiden Klagen gleichwertig nebeneinander, während die andern der condictio nur subsidiäre Bedeutung beimessen wollen.

59.

L 16 Dig. 12, 4.

De condictione causa data, causa non secuta.

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Ich habe dir Geld gegeben, damit du mir den Stichus geben solltest. Ist diese Kontraktart für einen Teil des Kaufvertrages anzusehen, oder ist hier keine andere Obligation vorhanden als die, die besteht, wenn etwas wegen eines Zweckes gegeben ist und der Erfolg nicht eintritt? Dahin neige ich mehr. Und daher kann ich, wenn Stichus gestorben ist, (mein Geld) zurückfordern, weil ich es dir nur deswegen gegeben habe, daß du mir den Stichus gäbest. Nimm an, Stichus sei ein fremder Sklave, aber du hast ihn mir doch übergeben, dann werde ich von dir das Geld zurückfordern können, weil du den Sklaven nicht zum Eigentum des Empfängers gemacht hast. Und wiederum, wenn Stichus dein ist und du nicht für die Ernährung desselben gutstehen willst, so wirst du nicht davor gesichert, daß ich das Geld von dir zurückfordern kann.

Digitized by Google

A hat dem B Geld gegeben, damit er ihm den Stichus übergebe, ohne daß ein vollgültiger Kaufvertrag abgeschlossen ist. Falls die Übergabe des Stichus nicht erfolgt, kann A auf Grund der condictio causa data, causa non secuta das Gezahlte zurückfordern. Das Rückforderungsrecht ist auch gegeben, wenn Stichus vor der Übergabe gestorben ist. Wäre dagegen ein Kaufvertrag abgeschlossen, so kann das Kaufgeld nach römischem Recht nicht zurückverlangt werden, denn in Rom geht die Gefahr des Kaufgegenstandes mit dem Abschluß des Kaufvertrags auf den Käufer über, im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, wo im Regelfalle der Verkäufer bis zur Übergabe die Gefahr trägt. Dasselbe Rechtsverhältnis liegt auch in den anderen Beispielen vor. Nach § 815 BGB. könnte im ersten der fingierten Fälle das Rückforderungsrecht ausgeschlossen sein, wenn die Übergabe des Stichus zum Eigentum von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies gewußt hat.

Unerlaubte Handlungen (§ 823—853 BGB.).

60.

L 2 pr. L 5 § 2 Dig. 9, 2.

Verschulden.

Lege Acquilia capite primo cavetur: „ut qui servum servamve alienum aliennamve quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto."

Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Acquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. cessabit igitur Acquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Acquilia cessat aut si tegula ceciderit. sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Acquilia eum: et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax.

Ad legem Acquiliam.

Im ersten Kapitel der lex Acquilia ist bestimmt worden, daß, wer einen fremden Sklaven oder eine fremde Sklavin oder ein vierfüßiges Tier oder Vieh widerrechtlich getötet hat, der soll soviel, als dessen höchster Wert in diesem Jahre betrug, dem Eigentümer in Geld zu geben schuldig sein. Widerrechtlichkeit heißt also hier ein durch Verschulden herbeigeführter Schaden, wenn er auch von Jemand ausgegangen ist, der nicht schaden wollte. Daher ist es fraglich, ob, wenn ein Wahnsinniger Schaden zugefügt hat, die lex Acquilia stattfindet. Pegasus verneint diese Frage, denn welche Schuld könne dem beigemessen werden, der nicht im Besitz seiner Geisteskraft sich befindet? Und dies ist richtig. Die acquilische Klage fällt daher ebensowohl weg, wie wenn ein vierfüßiges Tier Schaden angerichtet hat oder ein Ziegel vom Dache gefallen ist. Dasselbe ist zu sagen, wenn ein Kind Schaden zugefügt hat. Ist es aber ein Unmündiger gewesen, so haftet er, sagt Labeo, infolge der acquilischen Klage, weil er auch wegen Diebstahls haftet. Dies halte ich für richtig, wenn er einer Widerrechtlichkeit fähig ist.

Unerlaubte Handlung ist jede schuldhafte rechtswidrige Verletzung fremder, rechtlich geschützter Interessen.

Im **römischen Recht** lag das gesamte Strafrecht in den Händen der Privaten, es kannte noch nicht den Unterschied zwischen Delikten, die eine straf-

Digitized by Google

rechtliche und solchen, die eine zivilrechtliche Verfolgung nach sich ziehen. Die Delikte des römischen Rechts, neben denen es noch mehrere Quasidelikte gab waren: furtum, Diebstahl, rapina, Raub, injuria, Beleidigung, und damnum injuria datum, Sachbeschädigung. Über letztere traf die lex Acquilia des, Volkstribunen Acquilius Gallus ums Jahr 287 v. Chr. besondere Bestimmungen, und zwar gibt den Inhalt des ersten Kapitels dieser lex der Anfang obiger Stelle an, das zweite Kapitel handelt von der Klage gegen einen treulosen adstipulator, das dritte trifft wiederum Bestimmungen über die Sachbeschädigung, und zwar umfaßt es alle im ersten Kapitel nicht genannten Fälle der schuldhaften Beschädigung: si quis userit, ruperit, fregerit. Es bedrohte den Täter mit dem Ersatz des Höchstwertes, den die Sache in den letzten 30 Tagen gehabt hatte.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** hat das Prinzip des römischen Rechts, das eine Schadenersatzpflicht nur an bestimmte Tatbestände knüpft, verlassen und bestimmt in § 823, 1: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Andern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

In beiden Rechten ist demnach eine Schadenersatzpflicht nur begründet beim Vorliegen einer culpa. Diese umfaßt sowohl die objektive Rechtswidrigkeit, d. h. wenn der Täter zu dem Eingriff in die fremde Rechtssphäre kein Recht hat, als auch die subjektive Rechtswidrigkeit, das Verschulden. Dieses besteht entweder in Vorsatz, dem bewußt rechtswidrigen Tun, oder in Fahrlässigkeit, dem Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

Ein Verschulden im subjektiven Sinne kann nur vorliegen bei einem Willensfähigen. Ohne weiteres ist die Willensfähigkeit ausgeschlossen beim furiosus und infans, wie auch obige Stelle angibt. Tatfrage ist es beim Minderjährigen, im Bürgerlichen Gesetzbuch bei Personen, die das 7., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben. Bei diesen kommt es darauf an, ob sie bei Begehung der Tat die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht gehabt haben.

Mit der Ausschließung der Haftung bei diesen Personen haben beide Rechte das Verschuldungsprinzip anerkannt. Dies wird im Bürgerlichen Gesetzbuch durchbrochen durch einige Fälle des Veranlassungsprinzips (§ 827, Satz 2 und § 829 BGB.).

Einen Unterschied zu obiger Stelle geben noch § 833—835 BGB., in denen ohne Rücksicht auf ein Verschulden eine weitgehende Haftung für den durch Tiere herbeigeführten Schaden angeordnet ist.

Sachenrecht.

Besitz (§ 854—872 BGB.).

61.

L 18 § 2 Dig. 41, 2.

Erwerb des Besitzes.

Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea

De adquirenda vel amittenda possessione.

Wenn ich dem Verkäufer befohlen habe, das, was ich gekauft habe, in meinem Hause niederzulegen, so besitze ich dies ohne allen Zweifel, wenn es auch noch niemand berührt hat. Oder

Digitized by Google

turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

wenn mir der Verkäufer ein benachbartes Grundstück, um es mir zu verkaufen, von meinem Turme zeigt und sagt, daß er mir den ausschließlichen Besitz übergebe, so fange ich nicht weniger an zu besitzen, als wenn ich den Fuß über die Grenze gesetzt habe.

Nach römischem Recht wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist Besitz die tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache. Erworben wurde in Rom der Besitz grundsätzlich durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt mit dem Willen, die tatsächliche Gewalt zu erlangen (§ 1 u. 3 Dig. 41, 2: adipiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore). Das **Bürgerliche Gesetzbuch** sieht dagegen grundsätzlich von dem Willen als unbedingtem Erfordernis des Besitzerwerbs ab. § 854 BGB. bestimmt: Der Besitz einer Sache wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache erworben. Beide Grundsätze sind nicht streng eingehalten. Wie unser Beispiel zeigt, verlangt beim vereinbarten Besitzwechsel das römische Recht nicht mehr streng die unmittelbare Erlangung der tatsächlichen Gewalt, während anderseits im heutigen Recht bei der Besitzübertragung der Wille wesentlich ist, oft sogar die Besitzübertragung bei vorhandener tatsächlicher Besitzlage durch bloße Willenserklärung erfolgt.

Die tatsächliche Gewalt über ein Grundstück wurde in Rom dadurch kundgegeben, daß die Besitzübertragung auf dem Grundstück selbst vor sich ging, später genügte die sog. longa manu traditio, wie obiges Beispiel zeigt.

62.

L 1 § 4 Dig. 43, 17.

Besitzschutz.

Est igitur hoc interdictum, quod vulgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis (nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet) et consequenter proponitur post interdictum unde vi. illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio, denique praetor possidenti vim fieri vetat: et illud quidem interdictum obpugnat possessorem, hoc tuetur. et ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus. restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem: retinendae itaque possessionis dupplex via est aut exceptio aut interdictum.

Uti possidetis.

Es bezweckt also dieses Interdikt gewöhnlich uti possidetis genannt, die Erhaltung des Besitzes. Denn es wird zu dem Zwecke erteilt, daß dem, der sich im Besitz befindet, keine Gewalt angetan werde. Darum wird es folgerichtig nach dem Interdikte unde vi vorgetragen. Denn dieses schafft den gewaltsamerweise verlorenen Besitz wieder, jenes verleiht Schutz, damit der Besitz nicht verloren werde. Auch verbietet der Prätor, dem Besitzer Gewalt anzutun, und jenes Interdikt greift den Besitzer an, dieses schützt ihn. Jeder Streit über den Besitz zielt, wie Pedius sagt, darauf hin, daß uns etwas, was wir nicht besitzen, herausgegeben werde, oder daß wir das, was wir besitzen, behalten dürfen. Das Verfahren über die Herausgabe des Besitzes wird entweder durch ein Interdikt oder durch eine Klage gegeben. Der Weg zur Erhaltung des Besitzes ist also ein doppelter, entweder eine Einrede oder ein Interdikt.

Digitized by Google

In der Wissenschaft herrscht Streit, ob der Besitz eine Tatsache oder ein Recht ist. Für letztere Ansicht, die die herrschende ist, wird der Rechtsschutz, den der Besitz genießt, zur Begründung angeführt, denn allgemein genießen nur Rechte Schutz.

Im **römischen Recht** haben sich für den Besitzschutz besondere Klagen herangebildet, die sog. possessorischen Interdikte, und zwar sind drei Arten zu unterscheiden:

1. Interdictum retinendae possessionis zur Erhaltung des Besitzers gegen Störungen:
   a. uti possidetis bei Immobilien,
   b. utrubi bei Mobilien,
   sie gehen auf Unterlassung der Störung, auf Schadenersatz und unter Umständen auf Stellung einer cautio de non amplius turbando.
2. Interdictum recuperandae possessionis. Es dient zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes; zunächst als interdictum unde vi nur bei Grundstücken, gegeben, wurde es später als Spolienklage auch auf den Schutz von Mobilien erweitert. Es bezweckte Einräumung des Besitzes und Schadenersatz.
3. Interdictum adipiscendae possessionis zur Erlangung von Besitz, den der Kläger noch nicht gehabt hat.

Die Herausgabe des Besitzes konnte neben diesen Interdikten auch, wie die Stelle angibt, durch die actio erzwungen werden. Actio kann hier im Gegensatz zu den Interdikten nur eine Klage bedeuten, die sich nicht lediglich auf das Besitzverhältnis stützt, sondern die die Erlangung des Besitzes nur im Gefolge hat, z. B. die actio emti, die auf Übergabe der gekauften Sache geht.

Wenn ferner obige Stelle als Mittel zur Erhaltung des Besitzes noch die exceptio anführt, so ist darunter die exceptio vitiosae possessionis zu verstehen, die Einrede des fehlerhaften Besitzes, die jedoch nur bei den interdicta retinendae possessionis, die später zum possessorium ordinarium verschmolzen sind, zulässig ist. Sie wurde gegen den Störenden geltend gemacht, wenn er sich auf Grund eigenen angemaßten Besitzes zur Störung berechtigt hielt.

Für das **heutige Recht** ist Voraussetzung der Besitzschutzklagen die Verübung verbotener Eigenmacht, die entweder in der Entziehung oder Störung des Besitzes bestehen kann. Für beide Fälle gibt das Bürgerliche Gesetzbuch einen doppelten Schutz: Die Selbsthilfe (§ 859) und die Rechtshilfe. Für letztere ist hinsichtlich der Störung das interdictum uti possidetis rezipiert worden (§ 862 BGB.), hinsichtlich der Entziehung die Spolienklage (§ 861 BGB.). In beiden Fällen sind jetzt die Klagen entgegen dem römischen Recht nicht auf Schadenersatz gerichtet; ein solcher kann nur durch § 823 BGB. mit der Besitzklage verbunden geltend gemacht werden.

63.

L 44 § 2, 45, 46 Dig. 41, 2.

Verlust des Besitzes.

Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde

De adquirenda vel amittenda possessione.

Nach dieser Erörterung behaupte ich, ist es, wenn es sich um den Verlust des Besitzes handelt, ein großer Unterschied, ob wir durch uns selbst oder durch andere besitzen. Denn an demjenigen, was wir durch unsere eigene körperliche Einwirkung besitzen,

Digitized by Google

digressi fuissemus, ne possideremus: eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. illa quoque possessionis amittendae separatio est. nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo, licet neque servum neque colonum ibi habeamus, quamvis saltus proposito possidenti fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur.

verdienen wir den Besitz entweder durch den Willen oder durch das Aufhören der körperlichen Einwirkung, sobald wir in der Absicht fortgegangen sind, nicht besitzen zu wollen. An demjenigen aber, was durch körperliche Einwirkung eines Sklaven oder eines Pächters besessen wird, verlieren wir den Besitz nur dann, wenn denselben ein Anderer ergriffen hat, und er geht daher für uns auch ohne unser Wissen verloren. Auch das ist noch ein Unterschied im Verlust des Besitzes. Wenn nämlich jemand Winter- und Sommerweiden, deren Besitz allein durch den Willen erhalten bleibt, auch wenn wir daselbst weder Sklaven noch einen Pächter haben, in der Absicht, die Weiden gleichwohl in Besitz zu nehmen, beschritten hat, so ist behauptet worden, besitze der frühere Besitzer solange fort, als er nicht weiß, daß der Besitz von einem Andern eingenommen worden sei. Denn wie das Band einer Verbindlichkeit auf dieselbe Art gelöst wird, wie es eingegangen zu werden pflegt, so darf dem Nichtwissenden der Besitz, der allein durch den Willen behalten wird, nicht entzogen werden.

Das **römische Recht** bestimmte hinsichtlich des Besitzverlustes: amittimus possessionem corpore vel animo; corpore durch die dauernde Unmöglichkeit der Wiederherstellung des Besitzes, animo, wenn der willensfähige Besitzer die Sache nicht mehr besitzen will und seinen Entschluß durch Wort oder Tat äußerte.

Wird der Besitz durch Mittelspersonen ausgeübt, so endet er gewöhnlich animo des Vertretenen und corpore des Vertreters, er endet natürlich auch ohne animo des Vertretenen, wenn der Vertreter den Gewahrsam verloren hatte. Dagegen trat der Besitzverlust in dieser Weise nicht ohne weiteres bei Grundstücken ein. Hier endet der Besitz kraft besonderer Bestimmung nicht schon durch Eindringen des Dritten in Abwesenheit des Besitzers, sondern erst wenn der Besitzer vom Eindringen Kenntnis erlangt hat und es duldete.

Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** wird der Besitz dadurch beendet, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert (§ 856 BGB.), also solo animo genügt nicht mehr. Wenn eine Mittelsperson den Besitz ausübt, so ist zu unterscheiden, ob diese ein Besitzdiener oder ein selbständiger Besitzer ist. Gibt ersterer den Besitz auf, so wird der Besitz dadurch nicht für den wahren Besitzer verloren. Liegt dagegen unmittelbarer Besitz vor, so muß die Tatsache entscheiden. Da nach der herrschenden Ansicht auch der unmittelbare Besitzer als Besitzer anzusehen ist, so wird man in der Regel den Besitzverlust des mittelbarem Besitzers bei Aufgabe des Besitzes durch den unmittelbaren Besitzer verneinen müssen, jedoch kann auch in diesem Falle die Ausübung der tatsächlichen Gewalt dem mittelbaren Besitzer dauernd verschlossen sein und somit für ihn der Besitz verloren sein.

Digitized by Google

Eigentum (§ 903—1011 BGB.).

64.

L 13. Dig. 6, 1.

Anſpruch aus dem Eigentum.

Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem judex habere debebit: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Acquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Acquiliae. et Labeo putat cavere petitorem oportere lege Acquilia non acturum, quae sententia vera est.

De rei vindicatione.

Es muß jedoch nicht nur die Sache ſelbſt herausgegeben werden, ſondern der Richter muß auch darauf Rückſicht nehmen, wenn ſie ſchlechter geworden iſt. Denn man nehme den Fall, daß ein Sklave geſchwächt, geprügelt oder verwundet herausgegeben werde. Hier muß der Richter immer darauf Rückſicht nehmen, um wieviel derſelbe verſchlechtert worden iſt, wenngleich der Beſitzer auch mit der Klage aus dem acquilianiſchen Geſetz belangt werden kann. Daher fragt es ſich, ob der Richter nicht den Schaden anders ſchätzen dürfe, als gegen Verzicht auf die Klage aus der lex Acquilia. Und Labeo iſt der Meinung, daß der Kläger Sicherheit dafür leiſten müſſe, daß er nicht noch auf Grund der lex Acquilia klagen werde. Und dieſe Meinung iſt richtig.

Zur Geltendmachung der Anſprüche aus dem Eigentum hatte das **römiſche Recht** drei Klagen gegeben:

1. Die rei vindicatio. Das iſt die Klage des nicht beſitzenden Eigentümers gegen den beſitzenden Nichteigentümer (ubi meam rem invenio, ibi eam vindico).
2. Die actio negatoria. Dies iſt die Klage des Eigentümers gegen Störung. Sie geht gegen den Störenden auf Unterlaſſung und Schadenerſatz.
3. Die actio Publiciana (vgl. die folgende Stelle).

Das **Bürgerliche Geſetzbuch** kennt ebenfalls die beiden erſten Eigentumsklagen (§ 984 und 1004 BGB.). Wegen der actio Publiciana vgl. die nächſte Stelle. Unſer Beiſpiel handelt von der rei vindicatio. Nach **römiſchem Recht** ging dieſe Klage auf Herausgabe der Sache, Anerkennung des Eigentums, Herausgabe von Nutzungen und Schadenerſatz. Nach dem **Bürgerlichen Geſetzbuch** hat ſie dieſelben Ziele, nur der Anſpruch auf Anerkennung des Eigentums iſt nicht in ihr enthalten.

Hinſichtlich der Verpflichtung zum Schadenerſatz iſt nach beiden Rechten eine Unterſcheidung zwiſchen dem malae fidei possessor und dem bonae fidei possessor zu machen.

Der malae fidei possessor haftete nach **römiſchem Recht** bei Untergang und Verſchlechterung auf Schadenerſatz und zwar vor der litis contestatio ſchon bei levis culpa, nach der litis contestatio auch für Zufall, ſofern er nicht nachwies, daß der Zufall auch bei rechtzeitiger Herausgabe den Kläger getroffen haben würde, ſog. casus mixtus.

Der bonae fidei possessor haftet für die vor der litis contestatio eingetretenen Schäden auch bei Verſchulden nicht, nach der litis contestatio für alle durch ſein Verſchulden herbeigeführten Schäden, nicht aber für casus mixtus.

Digitized by Google

Der deliktsmäßige Besitzer haftet stets für casus.

Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** haftet der redliche Besitzer während der Redlichkeit überhaupt nicht (§ 993, 1, letzter Satz BGB.). Der unredliche und redliche, aber rechtshängige Besitzer haftet für omnis culpa, im Falle des Verzugs auch für casus (§ 990 BGB.). Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen (§ 992 BGB.).

Der Schadenersatzanspruch kann natürlich auch getrennt von der Eigentumsklage geltend gemacht werden. Um einer Wiederholung vorzubeugen, gab das römische Recht dem Beklagten und schon bei der Eigentumsklage auf Schadenersatz Belangten einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, daß nicht eine nochmalige Schadenersatzforderung aus der lex Acquilia erhoben werden würde. Im heutigen Recht würde einem nochmaligen Anspruch die exceptio rei judicatae entgegenstehen.

65.

L 17. Dig. 6, 2.

Anspruch aus dem Eigentum.

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur, eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio „si ea res possessoris non sit", sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

De Publiciana in rem actione.

Die actio Publiciana ist nicht dazu eingeführt worden, um eine Sache dem Eigentümer zu entziehen. Hierfür spricht in erster Linie die Billigkeit und sodann die Einrede (die dem beklagten Eigentümer gegeben ist): wenn die Sache dem Besitzer nicht gehört, sondern (sie ist dazu eingeführt worden) damit derjenige, der eine Sache im guten Glauben gekauft hat und aus diesem Grunde ihren Besitz erlangt hat, auch Eigentum an ihr hat, lieber (als derjenige, der keinen Rechtsgrund für sich hat).

Die zum Schutz des Eigentums gegebene rei vindicatio und actio negatoria (vgl. die vorige Stelle) erforderten den Beweis des Eigentums. Dieser ist in vielen Fällen sehr schwierig. Deshalb half der Prätor mit der actio Publiciana. Sie ist die Eigentumsklage, die unter der Fiktion gegeben wurde, daß der Besitzer das Eigentum ersessen hatte, obwohl die Ersitzungsfrist noch nicht abgelaufen war. Sonst müssen alle Erfordernisse der Ersitzung vorhanden sein (vgl. die Stelle über die Ersitzung Nr. 68).

Die Hilfe der actio Publiciana konnte natürlich nicht gegen den wirklichen Eigentümer gegeben werden. Deshalb hatte der wirkliche Eigentümer, der sich bei Anstellung der Klage im Besitz der Sache befindet, oder der den Usukapionsbesitzer im Besitz der Sache stört, die exceptio justi dominii, die ihm zum Siege verhalf. Ferner konnte es vorkommen, daß der Beklagte selbst sich auf seinen publicianischen Besitz berief. In diesem Falle griff die actio Publiciana nur unter Umständen durch. Und zwar wenn beide Parteien von demselben auctor erworben hatten, so gewinnt der, der zuerst den Besitz erlangt hat. Haben sie aber von verschiedenen auctores die Sache erhalten, so hängt die Entscheidung von der Frage ab, welcher von

Digitized by Google

den auctores das bessere Recht hatte. Haben beide auctores gleiche Rechte, dann bringt der beatus possidens durch.

Das Hauptgewicht liegt also **im römischen Recht** bei der actio Publiciana *auf dem besseren Besitz*.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** ist an der Stelle der Publiciana, der Klage aus dem besseren Besitz, die Klage *aus dem älteren Besitz* (§ 1007 **BGB.**) getreten.

Zur Begründung dieser Klage muß der Kläger nachweisen, daß er früher besessen hat, als der Beklagte und ferner entweder, daß der Beklagte beim Erwerb der Sache nicht im guten Glauben sich befand, oder daß der Kläger seinen Besitz wider seinen Willen verloren hat. In beiden Fällen wird die Klage durch den Beweis entkräftet, daß der Kläger malae fidei possessor gewesen ist oder den Besitz aufgegeben hat. Im letzteren Falle dringt weiterhin der Kläger nicht durch, wenn der Beklagte nachweist, daß er Eigentümer der Sache sei, oder daß ihm selbst die Sache vor der Besitzzeit des Klägers wider seinen Willen abhanden gekommen sei.

66.

L 13 § 11 Dig. 39, 2.

Nachbarrecht.

Si quis, quia sibi non cavebatur, in possessionem aedium missus fuerit, deinde is cuius aedes fuerunt, cum praeterea alias aedes haberet, desideret ab eo, qui in possessionem missus est, ut sibi damni infecti harum aedium nomine, quarum in possessionem missus est, caveret, an sit audiendus, videamus. et Julianus scribit: is qui vitiosis aedibus cesserit, si integras retinuerit, numquid improbe ab eo, qui vitiosas aedes coepit possidere, cautionem exigit, cum ideo possessionem amiserit, quia ipse damni infecti satis non dederat? et sane parum probe postulat ab eo caveri sibi earum aedium nomine, quarum ipse cavere supersedit: quae sententia vera est.

De damno infecto.

Wenn jemand deshalb, weil ihm die Sicherheitsleistung verweigert worden ist, in den Besitz des Hauses eingewiesen ist, und hierauf derjenige, dessen Eigentum das Haus gewesen ist, da er außerdem noch ein anderes Haus hatte, von dem in den Besitz Eingewiesenen verlangte, daß er ihm wegen ebendieses Hauses, in dessen Besitz jener eingewiesen war, Sicherheit leiste, so ist zu untersuchen, ob er mit diesem Verlangen zu hören sei. Und Julian schreibt: Fordert derjenige, der ein baufälliges Haus geräumt hat, welches er, wenn es in gutem Zustande gewesen wäre, behalten hätte, vielleicht unredlich von dem, der das baufällige Haus zu besitzen begonnen hat, Sicherheit, da er deswegen den Besitz verloren hat, weil er selbst keine Sicherheit bestellt hat? In der Tat, er verlangt wegen des Hauses, das er selbst wegen der Sicherheitsleistung aufgegeben hat, auf keinen Fall redlich Sicherheit. Diese Meinung ist die richtige.

Der Eigentümer eines Grundstücks hat an sich innerhalb der Grenzen seines Grundstücks das Recht zum wirklichen und ausschließlichen Gebrauch seines Eigentums. Dieses Recht ist jedoch im öffentlichen wie privaten Interesse

Digitized by Google

vielfach beschränkt. Unsere Stelle handelt von einer privatrechtlichen Eigentumsbeschränkung des Grundstückseigentümers zugunsten des Nachbars, von einem Nachbarrechte.

War in **Rom** durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines Grundstücks ein Nachbargrundstück bedroht, so konnte der Nachbar Schadloshaltung für den Fall des Einsturzes verlangen, die cautio damni infecti. Weigerte sich der Gegner, den Schaden auszubessern oder die cautio damni infecti zu zahlen, so gab der Prätor dem Bedrohten die Einweisung in den Besitz des Hauses, von dem die Gefahr drohte, durch die missio ex primo decreto. Half auch dieser Zwang nichts, dann kam dem Bedrohten die missio ex secundo decreto zu Hilfe, durch die ihm das Eigentum an dem Grundstück übertragen worden.

In unserer Stelle ist nun der in Anspruch Genommene zufällig wieder Nachbar des gefahrdrohenden Hauses, in dessen Besitz der auf der andern Seite Bedrohte eingewiesen ist, und es fragt sich, ob er nun wieder die cautio damni infecti verlangen kann. Mit Recht wird dieser Anspruch zurückgewiesen.

Für das **Bürgerliche Gesetzbuch** trifft § 908 Bestimmungen für diesen Fall:

Droht einem Grundstück die Gefahr, daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines andern Werkes, das mit einem Nachbargrundstück verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer von demjenigen, der nach § 836, 1 oder 837, 838 für den eintretenden Schaden verwortlich sein würde, verlangen, daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Vorkehrungen trifft.

Welche Vorkehrungen getroffen werden müssen, entscheidet der einzelne Fall, es kann jedenfalls auch der Abbruch eines Gebäudes verlangt werden. Eine Einweisung in den Besitz wie im römischen Recht findet im heutigen Recht nicht mehr statt. Der unserm Beispiel zugrunde liegende Tatbestand kann daher nicht mehr vorkommen.

67.

§ 20, 21, 22 J. II, 1.

Recht der Flußakzessionen.

Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. est autem alluvio incrementum latens. per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possis, quantum quoque momento temporis adjiciatur. Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicini praedio appulerit, palam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo vicini haeserit arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse. Insula, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis

De rerum divisione.

Was ferner der Fluß durch Anschwemmung deinem Acker ansetzt, ist nach Völkerrecht dein. Anschwemmung ist aber ein verborgenes Anwachsen. Durch Anschwemmung entsteht das, was so allmählich anwächst, daß man nicht bemerken kann, wieviel im Augenblicke hinzukommt. Wenn der Strom von deinem Grundstück etwas abreißt und an ein benachbartes Grundstück antreibt, so ist es klar, daß es dein bleibt. Wenn es aber längere Zeit an dem Grundstück hängt und die Bäume, die es mit sich geführt hat, in diesem Grundstück Wurzeln schlagen, so wird angenommen, daß sie von dieser Zeit dem Grundstück des

Digitized by Google

fit: nullius enim esse creditur. at in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, quia ab ea parte prope ripam praedia possident quodsi aliqua parte divisum flumen, deinde infra unitum agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius et fuerat.

Nachbars zuerworben seien. Eine Insel, die im Meere entsteht, was selten geschieht, gehört dem, der sich ihrer zuerst bemächtigt, denn sie wird als niemand gehörig angesehen; aber eine in einem Flusse entstandene Insel, was häufig geschieht, gehört, wenn sie in der Mitte des Flusses liegt, denen gemeinschaftlich, die die an beiden Ufern des Flusses liegende Grundstücke besitzen, und zwar der Breite jenes Grundstücks nach, die es am Ufer hat. Ist sie dem einen Teile näher, so gehört sie nur denen, die auf dieser Seite am Ufer Grundstücke besitzen. Teilt sich der Fluß und vereinigt sich erst weiter unten, sodaß er ein Grundstück zur Insel macht, so verbleibt dasselbe dem, dem es vorher gehört hatte.

Diese Stelle behandelt das Recht der Flußakzessionen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat hierüber keine Bestimmungen getroffen, wie überhaupt das Wasserrecht dem Landesrecht vorbehalten geblieben ist.

Es fallen hierunter:

1. Die alluvio, das allmähliche Anschwemmen. Nach preußischem wie römischem Recht wird durch allmähliche Anschwemmung ipso jure Eigentum erworben.
2. Avulsio: Größere Landstücke sind abgerissen und an ein anderes Ufergrundstück angetrieben. Nach römischem Recht erwirbt der Ufereigentümer dann Eigentum, wenn das Grundstück durch Rasenwuchs oder Einschlagen der Wurzeln eines Baumes mit dem Ufer fest verbunden ist. Nach preußischem Recht ist der Eigentümer befugt, das abgetriebene Stück binnen Jahresfrist seit der Antreibung zurückzufordern, nach Ablauf dieser Frist kann sich der Ufereigentümer das angetriebene Stück durch bloße Inbesitznahme aneignen.
3. Insula in flumine nata. Im römischen Recht fiel sie den Ufereigentümern ipso jure nach der in der Stelle behandelten Teilungsart zu. Nach preußischem Recht bedarf es einer Besitznahme. Die Teilung erfolgt in ähnlicher Weise.
4. Alveus derelictus, in § 23, 24, J. II, 1 behandelt. Auch auf das verlassene Flußbett haben die Anlieger ein Vorrecht.

68.

L 44 § 7 Dig. 41, 3.

Ersitzung.

Si, cum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat? si quidem ex causa peculii possedit, usucapionem inchoari nec impedimento domini captivitatem esse, cuius scientia non esset

De usurpationibus et usucapionibus.

Wenn ein Sklave oder Hausſohn etwas kaufte, während der Hausvater in feindlicher Gefangenschaft verweilte, fängt er da auch an zu ersitzen? Besitzt er aus einem mit seinem Sondervermögen in Verbindung stehenden

Digitized by Google

in civitate necessaria. si vero non ex causa peculii comparetur, usu non capi nec jure postliminii quaesitum intellegi, cum prius esset, ut, quod usucaptum diceretur, possessum foret. sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captivitatis ex die quo capitur morti iungerentur, potest filium dici et possedisse sibi et usucepisse intellegi.

Grunde, so fängt die Ersitzung an, und es steht die Gefangenschaft des Gewalthabers nicht im Wege, dessen Wissen ja nicht einmal notwendig sein würde, wenn er im Staate wäre. Hat er hingegen nicht aus einem mit seinem Sondergute in Verbindung stehenden Grunde erworben, so findet keine Ersitzung statt, und es wird auch kein Erwerb als durch das Heimkehrrecht angenommen, da, ehe etwas als besessen bezeichnet werden kann, es tatsächlich besessen sein muß. Ist aber der Vater daselbst (d. h. in der Gefangenschaft) gestorben, so kann gesagt werden, weil die Zeit der Gefangenschaft sich unmittelbar von dem Tage, wo er gefangen wird, an den Tod anschließt (eigentlich umgekehrt), daß der Sohn besessen und ersessen habe.

Um einen gutgläubigen Besitzer, dessen Besitz mangelhaft war, das Eigentum zu verschaffen, dient die Ersitzung. Nach mehrfachen Wandlungen bestimmte **Justinian**, daß Mobilien in 3 Jahren, Immobilien inter praesentes in 10, inter absentes in 20 Jahren ersessen werden sollten. Voraussetzungen der Ersitzung waren außer Zeitablauf: res habilis, eine ersitzungsfähige Sache (inhabiles waren die res furtivae und Servituten), titulus, ein Rechtsgrund, fides, guter Glaube, und possessio, juristischer Besitz. Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** wird vom titulus Abstand genommen. Res habilis ist jede bewegliche Sache, hinsichtlich der fides gilt im heutigen Recht der Satz: mala fides superveniens nocet (§ 937, 2); die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht im guten Glauben war, oder, wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht, im Gegensatz zum römischem Recht, wo der Satz galt: mala fides superveniens non nocet. Als possessio wird Eigenbesitz verlangt. Als Besitzungszeit sind 10 Jahre festgesetzt (§ 937, 1 BGB.), es genügt der Nachweis des Besitzes am Anfang und am Ende. Für die Zwischenzeit spricht eine Vermutung für den Besitz, die durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann (§ 938 BGB.).

In unserm Fall hat eine hausabhängige Person während der Gefangenschaft des Gewalthabers etwas gekauft. Wann fängt die Ersitzungszeit an?

Im **römischen Recht** galt für den Erwerb durch gewaltunterworfene Personen der Grundsatz: Was diese erwarben, erwarben sie dem Gewalthaber. War dieser in Gefangenschaft, so konnte für ihn die Ersitzung nicht beginnen, denn er hatte nicht die possessio erlangt. Und diese Bestimmung kann auch nicht durch das jus postlimini aufgehoben werden, nach welchem nach Rückkehr des Gefangenen alle durch die Gefangenschaft herbeigeführten Beschränkungen aufgehoben gelten sollten. Ist der Gewalthaber in der Gefangenschaft gestorben, so wird sein Tod auf den Anfang der Gefangenschaft zurückdatiert. Mit diesem Augenblick gilt also der Hausſohn als sebständiger pater familias und kann ohne Einschränkung Rechte und Pflichten erwerben, also auch die Ersitzungszeit beginnen.

Der Härte dieses Grundsatzes halfen die Sondergüter, peculia, ab, die unter Umständen dem Gewaltunterworfenen ein freies Verfügungsrecht hinsichtlich der aus diesem Sondergut entspringenden Rechte und Verpflichtungen gewährten.

Digitized by Google

Bei einem Kaufvertrag auf Grund eines solchen Sondergutes läuft also die Ersitzung für den Erwerbenden vom Augenblick der Übergabe an ohne Rücksicht auf die Stellung des pater familias.

Für das **Bürgerliche Gesetzbuch** kommt diese Frage nicht mehr in Betracht. Es könnte höchstens zum Vergleich herangezogen werden die Bestimmung, daß der unmittelbare Besitzer auch für den mittelbaren die Ersitzungszeit beginnt.

69.

L 6 Dig. 10, 4.

Verbindung.

Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest: aliter atque in tigno juncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno juncto ex eadem lege in duplum agitur.

Ad exhibendum.

Ein in einem Andern gehöriges Gold eingeschlossener Edelstein oder ein in einen Armleuchter eingesetztes Medaillon kann nicht mit der Eigentumsklage zurückgefordert werden, sondern es muß zur Bewirkung der Trennung auf Auslieferung geklagt werden. Anders ist es bei einem in ein fremdes Gebäude eingebauten Balken. Seinetwegen kann nicht auf Auslieferung geklagt werden, weil die 12 Tafeln die Absonderung verbieten. Allein es kann nach demselben Gesetz Klage wegen des eingebauten Balkens auf das Doppelte erhoben werden.

Der erste Satz der Stelle handelt von der Verbindung beweglicher Sachen, der zweite von der von beweglichen Sachen mit unbeweglichen.

Bei der Inkorporation in Mobilien muß man im **römischen Recht** unterscheiden die ferruminatio und adplumbatio. Unter letzterer verstand man die Verbindung von Mobilien, die äußerlich erkennbar und leicht trennbar waren. In diesem Falle blieben die Eigentumsverhältnisse unberührt. Die ferruminatio dagegen bildete die unsichtbare Anschweißung. Bei ihr galt der Rechtssatz: Die Hauptsache zieht die Nebensache nach, mit der Verbindung hört die Nebensache auf, Gegenstand besonderer Rechte zu sein. Nach mehreren Entscheidungen liegt bei obigem Beispiel eine solche ferruminatio vor, und mit Recht ist entschieden, daß der Edelstein nicht mit der Eigentumsklage zurückgefordert werden kann. Es scheint mir aber fraglich, ob der gewiesene Weg, auf Auslieferung ut excludatur zu klagen, dem geltenden Recht entspricht. Nach meiner Meinung ist vielmehr nur ein obligatorischer Anspruch auf Ersatz in diesem Falle gegeben.

Nach dem **bürgerlichen Recht** gilt ebenfalls der Satz: Das Eigentum der Hauptsache zieht das der Nebensache nach sich, sofern die zu wesentlichen Bestandteilen verbundenen Mobilien eine einheitliche Sache werden. Ist keine Sache Hauptsache, so tritt unter gleichen Voraussetzungen Miteigentum ein nach dem Wertverhältnis der verbundenen Sachen. Werden die verbundenen Sachen nicht wesentliche Bestandteile, so tritt keine Eigentumsänderung ein (§ 947 BGB.). Dem Verlierenden ist ein obligatorischer Anspruch auf Ersatz nach Bereicherungsrecht gegeben, daneben hat der, der einen Rechtsverlust erleidet, einen Schadenersatzanspruch wegen unerlaubter Handlungen, sowie das jus tollendi, soweit es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 258, 997) ausgeübt werden darf (§ 951 BGB.).

Digitized by Google

Bei der Inkorporation an Immobilien galt **im römischen Recht** der Satz: superficies solo cedit: Alles was von beweglichen Sachen mit dem Grundstück verbunden wird, wird Eigentum des Grundeigentümers. Es tritt jedoch zunächst nur ein Ruhen des Eigentums an den beweglichen Sachen ein, mit der Trennung des Eingefügten wacht das alte Eigentum wieder auf. Die Trennung des Eigentums kann jedoch nicht erzwungen werden. Dagegen trat ein dauernder Verlust des Eigentums für denjenigen ein, dessen Material zum Bau eines Hauses verwendet war. Er hatte lediglich die obligatorische actio de tigno juncto, die auf den doppelten Wert des verbauten Materials ging.

Für das **Bürgerliche Gesetzbuch** bestimmt § 946 einschläglich: Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstück dergestalt verbunden, daß sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstücke auf diese Sache.

Hinsichtlich der Ersatzansprüche gilt dasselbe wie bei der Inkorporation in Mobilien (§ 951 BGB.).

70.

L 5 § 1 Dig. 6, 1.

Vermischung und Verarbeitung.

Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse, qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet. sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio. sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum: nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa manet tamen.

De rei vindicatione.

Derselbe lehrt, wenn aus meinem Honig und deinem Wein Meth gemacht worden ist, so haben einige geglaubt, daß auch dieser gemeinschaftlich würde. Ich halte aber, wie er auch selbst bezeichnet, für richtiger, daß derselbe vielmehr dem gehöre, der ihn bereitet hat, weil die vorige Beschaffenheit seiner Bestandteile verloren geht. Wird aber Blei und Silber vermischt, so wird es, weil eine Scheidung möglich ist, weder gemeinschaftlich, noch wird, weil Trennung geschehen kann, auf Gemeingutsteilung geklagt werden können, es findet aber eine dingliche Klage statt. Wenn aber keine Trennung möglich ist, z. B. wenn Erz mit Gold vermischt wird, so muß die Zurückforderung nach dem Anteile geschehen, und man kann hier das vom Meth Gesagte nicht anwenden, weil beide Stoffe, wenn auch zusammengemischt, fortdauern.

Diese Stelle behandelt die confusio, commixtio und specificatio, nach heutigem Recht die Vermischung und Verarbeitung.

Confusio ist die Vermischung flüssiger, commixtio das Zusammenschütten fester Körper. In beiden Fällen trat im **römischen Recht**, falls eine Aussonderung nicht tunlich war, Miteigentum nach ideellen Teilen ein.

Nach **bürgerlichem Recht** kommt ebenfalls die Trennbarkeit in Betracht, der Untrennbarkeit wird es aber gleichgestellt, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde (§ 958, 2 BGB.). Sind die Sachen untrennbar, dann finden dieselben Rechtssätze wie bei der Verbindung von beweglichen Sachen (vgl. die vorige Stelle) Anwendung, besteht die Trennungsmöglichkeit, so werden die Eigentumsverhältnisse nicht berührt (§ 948, 1 BGB.).

Digitized by Google

Specificatio ist dagegen die Verarbeitung fremder Mobilien in eine neue Form. Ob dadurch ein Eigentumswechsel eintrat, war im **römischen Recht** streitig zwischen Sabinianern und Prokulianern. Die Sabinianer ließen das Eigentum dem Stoffeigentümer, die Prokulianer dem Produzenten. Justinian unterschied, ob sich die Sache in die alte Form zurückbringen ließ oder nicht. Im ersten Falle behielt der Stoffeigentümer das Eigentum, andernfalls erhält es der Produzent.

Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** tritt ein Eigentumswechsel ein, wenn der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer ist, als der Wert des Stoffes (§ 950 BGB.).

Grunddienstbarkeiten (1018—1029 BGB.).

71.

L 31 Dig. 8, 3.

Konfusion.

Tria praedia continua trium dominorum adjecta erant: imi praedii dominus ex summo fundo imo fundo servitutem aquae quaesierat et per medium fundum domino concedente in suum agrum ducebat: postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit. quaesitum est, num imus fundus id jus aquae am isisset, quia, cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent. negavit am isisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent.

De servitutibus praediorum rusticorum.

Drei aneinandergrenzende Grundstücke dreier Eigentümer standen in gegenseitiger Beziehung. Der Eigentümer des am tiefsten gelegenen Grundstückes hatte für dieses von dem höchstgelegenen Landgute eine Wasserdienstbarkeit erlangt und leitete das Wasser mit Einwilligung des Eigentümers über das mittlere Grundstück auf seine Ländereien. Nachher kaufte er das oberste und verkaufte später das unterste, auf welches er das Wasser geleitet hatte.

Es fragt sich nun, ob das unterste Grundstück die Wassergerechtigkeit verloren hat, weil, während beide Grundstücke demselben Eigentümer gehört hätten, sie gegenseitig in keinem Dienstbarkeitsverhältnis stehen konnten?

Er entschied dahin, daß die Dienstbarkeit nicht verloren gegangen sei, weil das Grundstück, über welches das Wasser geleitet werde, einem Andern gehörig geblieben sei, und weil ebensowohl, als dem obersten Grundstück die Dienstbarkeit, daß das Wasser auf das unterste Grundstück geleitet werde, auf keine andere Weise hätte auferlegt werden können, als daß es auch durch das mittlere geleitet würde, die Dienstbarkeit desselben Grundstücks nicht anders hätte verloren gehen können, als wenn man zu derselben Zeit auch aufgehört hätte, das Wasser über das mittlere Grundstück zu leiten oder alle drei Grundstücke zugleich an einen Eigentümer gekommen wären.

Digitized by Google

Die Stelle handelt von einer Servitut. Diese sind dingliche Nutzungsrechte an fremden Sachen zugunsten bestimmter Grundstücke oder bestimmter Personen.

Es sind also zwei Arten zu unterscheiden:

1. Grunddienstbarkeiten, Prädialservituten; sie belasten ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes.
2. Persönliche Dienstbarkeiten, Personalservituten, bei denen das Nutzungsrecht einer bestimmten Person zusteht.

Unsere Stelle handelt von einer Grunddienstbarkeit, von einem aquaductus, einer Wasserleitungsgerechtigkeit. A, B, C haben drei aneinanderliegende Grundstücke. C das unterste, erlangt von A, dem obersten, das Recht, von A Wasser auf sein Grundstück zu leiten. Diese Leitung geht über B. C kauft A und verkauft später C. Ist die Grunddienstbarkeit erloschen? Nach strengem Grundsatz war für das **römische Recht** in dem Augenblicke, als C und A einem Eigentümer gehörten, die Servitut untergegangen, denn nemini res sua servit, eine Dienstbarkeit endet durch confusio. Da jedoch die Wasserleitungsgerechtigkeit nicht lediglich von diesen beiden Grundstücken abhängt, sondern auch noch das mittlere Grundstück daran beteiligt ist, so kommt dieser Grundsatz nicht zur Anwendung.

Hinsichtlich **der jetzt bestehenden Dienstbarkeiten** muß man unterscheiden, ob sie in das Grundbuch eingetragen sind — die nach 1900 entstandenen müssen eingetragen werden — oder nicht, denn nach § 187 EG. z. BGB. bleiben alle nach altem Recht entstandenen Dienstbarkeiten bestehen. Sind sie eingetragen, so endigen sie nur durch Löschung, sind sie nicht eingetragen, so kann die Endigung auch durch Konfusion erfolgen, natürlich würde auch nach heutigem Recht obige Ausnahme Anwendung finden.

Über einen weiteren Grundsatz des Servitutenrechts siehe die folgende Stelle.

72.

L 9 Dig. 8, 1.

Civiliter uti.

Si cui simplicius via per fundum cuispiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est.

De servitutibus.

Wenn jemandem die Dienstbarkeit des Fahrweges durch ein Grundstück ohne genauere Bestimmung zugestanden oder letztwillig hinterlassen worden ist, so kann er ohne Einschränkung, d. h. über jeden Teil desselben gehen oder fahren, aber auf schonende Weise. Denn manches wird bei Verträgen stillschweigend ausgenommen. So darf z. B. (der Berechtigte) weder durch das Landhaus, noch mitten durch die Weinberge gehen oder fahren, wenn er dies auch eben so bequem über einen anderen Teil und zu geringerem Schaden des dienenden Grundstücks tun kann. Es ist aber Bestimmung, daß er, wo er zuerst seinen Weg genommen hat, er auch weiterhin gehen oder fahren muß und keine weitere Veränderung vornehmen darf. So schien es auch

Digitized by Google

dem Sabinus angebracht, der sich hierbei des Beispiels von dem Bache bediente, den man zwar zu Anfang leiten kann, wohin man will, wenn er aber einmal seinen Lauf genommen hat, nicht verlegen darf. Dies muß auch in Ansehung des Weges beachtet werden.

Die Stelle enthält Beispiele für den Grundsatz des Servitutenrechts: servitutibus civiliter uti debent. Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist dieser Grundsatz in § 1020 niedergelegt: Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen.

Nießbrauch (§ 1030—1093 BGB.).

73.

L 1, 12 pr. Dig. 7, 1.

Nießbrauch an Sachen.

Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

Arboribus evolsis vel vi ventorum dejectis usque ad usum suum et villae posse usufructuarium ferre Labeo ait: nec materia eum pro ligno usurum, si habeat unde utatur ligno. quam sententiam puto veram: alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius: materiam tamen ipsum succidere quantum ad villae refectionem putat posse: quemadmodum calcem, inquit, coquere vel harenam fodere aliudve quid aedificio necessarium sumere.

De usufructu.

Nießbrauch ist das Recht, fremde Sachen zu benutzen und zu gebrauchen, während die Substanz der Sache unversehrt bleibt.

Von entwurzelten oder vom Winde umgeworfenen Bäumen, sagt Labeo, könne der Nießbraucher zu seinem und des Gebäudes Bedarf nehmen. Er dürfe aber kein Bauholz zu Brennholz verwenden, wenn er sonst Brennholz hat. Diese Ansicht halte ich für richtig, denn sonst würde der Nießbraucher, wenn dieser Unfall den ganzen Boden betroffen hätte, alle Bäume wegnehmen können. Jedoch glaubte er, daß der Nießbraucher soviel Bauholz schneiden kann, als zur Ausbesserung des Landhauses erforderlich ist. Ebenso kann er, wie Labeo sagt, Kalk löschen oder Sand graben und das sonst für das Gebäude Nötige nehmen.

Der Definition des Paulus im ersten Satze der Stelle entspricht die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches in § 1030: Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen.

Der Nießbraucher hat demnach das Recht auf sämtliche Früchte der Sache. Was als Frucht zu gelten hat, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Jedoch galt nach obiger Stelle im **römischen Recht** als Frucht nur der im Wege ordnungsmäßiger Wirtschaft erworbene Ertrag, während darüber hinausgehende Erträgnisse dem Eigentümer zufielen. Das **Bürgerliche Gesetzbuch** sieht dagegen den gesamten Ertrag der Sache als Frucht an. Daher erwirbt nach § 1039 BGB. der Nießbraucher auch das Eigentum an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider, oder

Digitized by Google

die er deshalb im Übermaße zieht, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist. Es besteht indessen, da wirtschaftlich der Nießbraucher nur das haben soll, was die Sache nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft abwirft, eine obligatorische Ausgleichungspflicht dem Eigentümer gegenüber.

Pfandrecht (§ 1204—1296 BGB.).

74.

L 1 pr. § 1 Dig. 13, 7.

Abschluß des Pfandvertrages.

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

De pigneraticia actione.

Ein Pfand wird nicht durch Übergabe allein, sondern auch durch eine bloße Übereinkunft begründet, wenn es auch nicht übergeben worden ist. Wenn also ein Pfand schon durch eine bloße Übereinkunft begründet worden ist, so wollen wir untersuchen, ob, wenn jemand Gold vorzeigt, als wollte er es zum Pfande geben, und Erz gegeben haben sollte, er das Gold zum Pfande verbindlich gemacht habe. Und es ist folgerichtig, daß er das Gold als Pfand gegeben hat, nicht aber das Erz, weil sie über dieses übereingestimmt haben.

Nach beiden Rechten entsteht ein Pfandrecht

1. durch Rechtsgeschäft (pignus voluntarium),
2. durch Rechtssatz (pignus legale, z. B. das Pfandrecht des Verpächters und Vermieters an den invecta et illata des Pächters oder Mieters),
3. durch richterliche Verfügung (pignus judiciale, das Pfändungspfandrecht).

Unser Beispiel handelt von dem pignus voluntarium. An beweglichen Sachen läßt das **Bürgerliche Gesetzbuch** ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht durch Einigung und Übergabe entstehen, im **römischen Recht** waren drei Formen für die Begründung eines solchen Pfandrechts in Anwendung.

1. Die älteste Form war die fiducia: Dem Gläubiger wurde das Eigentum übertragen, und er verpflichtete sich durch ein pactum fiduciae, das Eigentum zurückzuübertragen, wenn der Schuldner seine Schuld bezahlt hätte.
2. Die nächste Form war das pignus, bei dem nur Besitz übertragen wurde, während das Eigentum beim Schuldner blieb.
3. Zuletzt kam noch die hypotheca auf: Verpfändung ohne Besitzübergabe, bei der der Gläubiger nur das Recht erhielt, die ihm verpfändeten Sachen im Falle der Nichtbefriedigung in Besitz zu nehmen.

Die Entscheidung der Frage in unseren Beispiel ergibt sich für das römische Recht aus dieser Entwicklung ohne weiteres. In unserm Recht würde in diesem Falle überhaupt kein Pfandrecht begründet sein, da eine Einigung und Übergabe hinsichtlich derselben Sache nicht stattgefunden hat.

Digitized by Google

75.

L 6 pr. Dig. 13, 7.

Pfandverkauf.

Quamquam convenerit, ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur. Sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit pignus quam postea? melius autem est dici eum, qui dederit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere it quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.

De pigneraticia actione.

Wenn man auch übereingekommen sein sollte, daß es dir erlaubt sein sollte, ein verpfändetes Grundstück zu verkaufen, so bist du doch um nichts mehr zu zwingen, daß du verkaufst, wenn auch der, der es zum Pfand gegeben hat, zahlungsunfähig sein sollte, weil um deinetwillen dies ausgemacht wird. Aber Atilicinus sagt, daß der Gläubiger aus einem Grunde zum Verkauf gezwungen werden könnte. Denn wie, wenn es viel weniger sein sollte, als geschuldet wird, und das Pfand heute teurer verkauft werden kann als später? Es ist aber besser, wenn man sagt, daß derjenige, der ein Pfand gegeben hat, verkaufen und mit dem erhaltenen Gelde das, was er schuldet, bezahlen kann, so jedoch nur, daß der Gläubiger die notwendige Verbindlichkeit hat, die verpfändete Sache zu zeigen, wenn sie eine bewegliche ist. Vorher ist ihm eine zuverlässige Sicherheit vom Schuldner für die Schadloshaltung zu leisten, denn es ist ziemlich unmenschlich, den Gläubiger wider seinen Willen zum Verkauf zu zwingen.

(Dieser wie der übernächsten Stelle ist vorauszuschicken, daß im römischen Recht das Pfandrecht an beweglichen und unbeweglichen Sachen vollständig gleich behandelt wurde, während unser heutiges Recht sie vollständig trennt. Die Beispiele im römischen Recht, in denen vom Pfandrecht an unbeweglichen Sachen die Rede ist, sind, da dieses aus dem deutschen Recht entnommen ist, für unser Recht nur nach den Vorschriften über das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen zu behandeln.)

Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf (§ 1220 BGB.). Im **römischen Recht** war der Pfandverkauf bei der ältesten Form der Verpfändung, der fiducia (vgl. die vorige Stelle), der rechtlichen Natur dieses Rechtsverhältnisses entsprechend unbekannt. Auch beim späteren pignus mußte ein pactum de vendendo dem Pfandvertrag zugefügt werden, um eine Verkaufsmöglichkeit herbeizuschaffen. Dies wurde aber allmählich so allgemein, daß ein pactum de non vendendo nur die Bedeutung hatte, daß der Gläubiger dreimal mahnen mußte, ehe er verkaufen durfte.

Der Verkauf selbst ist dann **in beiden Rechten** besonderen Bestimmungen unterworfen. Für das Bürgerliche Gesetzbuch vgl. § 1233—1241.

Die Möglichkeit des Pfandverkaufs tritt ein, wenn die der Verpfändung zugrunde liegende Verpflichtung fällig ist. Diese Voraussetzung müssen wir auch für unser Beispiel als gegeben annehmen, denn beide Rechte enthalten zum Schutze gegen Ausbeutung des Verpfänders das Verbot der Verfallsklausel, lex commissaria (§ 1229 BGB.: Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberech-

Digitized by Google

tigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht, oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig).

Ein Zwang zum Verkauf, den Atilicinus in unsrer Stelle eingeführt haben will, besteht für beide Rechte nicht, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann auch der Pfandgläubiger nicht zur Vorzeigung gezwungen werden. Der Besorgnis des Atilicinus hinsichtlich der Verminderung des Pfandes begegnet § 1218 BGB.: Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes zu besorgen, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen eine andere Sicherheitsleistung, mit Ausschluß der Stellung von Bürgen, verlangen.

76.

L 39 Dig. 13, 7.

Nutzung.

Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit „quem de Lucio Titio emi", cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Sejus, qui fuit debitor. quaero, an ex hoc, quod signavit praejudicium aliquod sibi fecerit, cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui pignoris non obesse. quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

De pigneraticia actione.

Gaius Seius hat wegen eines Darlehens dem Lucius Titius sein Grundstück verpfändet. Nachher ist unter ihnen ein Vertrag geschlossen worden, daß der Gläubiger sein Pfand in Aufrechnung auf sein Geld eine bestimmte Zeit besitzen sollte. Vor Vollendung dieser Zeit aber hat der Gläubiger, als er seinen letzten Willen ordnete, in dem Testament bestimmt, daß der eine von seinen Söhnen jenes Grundstück haben sollte, und hinzugefügt, welches ich von Lucius Titius gekauft habe, während er es nicht gekauft hatte. Dieses Testament hat nun u. a. Gaius Seius, der der Schuldner war, unterzeichnet. Ich frage, ob er daraus, daß er besiegelt hat, irgend ein Vorurteil gegen sich begründet hat, da keine Urkunde über den Kauf vorgebracht wird, sondern bloß das Paktum, daß der Gläubiger die Früchte eine gewisse Zeit ziehen sollte. Herennius Modestinus hat zum Bescheid gegeben, daß es dem Pfandvertrag nicht entgegenstehe, daß der Schuldner das Testament des Gläubigers, in welchem dieser ausgesprochen hat, daß er das Pfand gekauft habe, wie angeführt wird, besiegelt hat.

Es ist hier nicht am Platze, die Beweiskraft obiger Urkunde zu untersuchen. Nach heutigem Recht (§ 416 CPO.) würde das Testament als Privaturkunde wohl formelle Beweiskraft dafür begründen, daß die in ihr enthaltene Erklärung abgegeben ist, die materielle Beweiskraft der Gültigkeit und Rechtswirksamkeit des Inhalts der Erklärung dagegen nicht enthalten, jedoch aber den Gaius Seius wohl zum Gegenbeweis, daß ein Verkauf nicht stattgefunden hat, zwingen.

Digitized by Google

Es ist hier zu untersuchen, inwieweit die Abrede im ersten Satz der Stelle rechtswirksam ist.

An sich liegt im Pfandrecht nicht die Befugnis zur Nutzung der Pfandsache. Jedoch eine Vereinbarung hinsichtlich des Gebrauchs und der Nutzung ist nach beiden Rechten rechtswirksam; ja sie wurde im **römischen Recht** sogar vermutet, wenn der Gläubiger, der ein unverzinsliches Darlehen gegeben hat, eine fruchttragende Sache zum Faustpfand erhält. Er ist in diesem Falle berechtigt, auch ohne besondere Vereinbarung die gewöhnlichen Zinsen aus den Früchten zu entnehmen, man sprach dann von einer antichresis tacita. Ein pactum antichreticum liegt vor, wenn ausbedungen ist, daß der Gläubiger die Nutzungen der Sache an Stelle der Zinsen behalten soll. In unserer Stelle geht die Vereinbarung noch weiter: Der Gläubiger soll die Nutzungen auch auf die ganze Verbindlichkeit anrechnen.

Für das **Bürgerliche Recht** ist bestimmt worden (§ 1213, 1214 BGB.), daß, wenn eine von Natur fruchttragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben worden ist, im Zweifel anzunehmen ist, daß der Pfandgläubiger zum Fruchtbezuge berechtigt sein soll, und daß der Reinertrag der Nutzungen auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese anzurechnen ist. Abweichende Bestimmungen sind zulässig.

77.

L 10 Dig. 20, 1.

Pfandklage.

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: „si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.“ si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.

De pignoribus et hypothecis.

Wenn ein Schuldner sein Vermögen zweien auf einmal verpfändet hat, so daß es beiden auf das ganze verpfändet sein soll, so kann jeder Einzelne die Serviana gegen Dritte auf das Ganze erheben. Wenn aber unter ihnen selbst Streit entsteht, so ist der Besitzende im Vorteil. Denn es wird dem Besitzer die Einrede gegeben: wenn nicht ausgemacht worden ist, daß mir dieselbe Sache zum Pfande dienen sollte. Wenn aber das ausgemacht worden ist, daß die Gegenstände nur je für die Hälfte verpfändet sein sollen, so findet eine analoge Klage sowohl zwischen ihnen selbst als auch gegen Dritte statt, infolge deren jeder den Besitz zu seinem Anteil ergreift.

Zum Schutze und zur Durchführung des Pfandrechtes stand im **römischen Recht** dem Pfandgläubiger die actio Serviana zu, die nach ihrem Inhalte auch actio hypothecaria oder pigneraticia in rem genannt wurde, wohl zu unterscheiden von der pigneraticia in personam, die der Pfandschuldner gegen den Pfandgläubiger auf Rückgabe der Pfandsache hatte, wenn er die Forderung bezahlt hatte, während die pigneraticia in personam contraria dem Pfandgläubiger gegen den Schuldner auf Ersatz von Verwendungen und Auslagen gegeben war.

Die Serviana bezweckte Erlangung des Besitzes. Bei einer Mehrheit von Pfandgläubigern in solidum konnte sie jeder auf das Ganze anstellen,

Digitized by Google

untereinander fand sie ihrer Natur nach nicht statt. Waren dagegen mehreren Gläubigern mehrere Gegenstände nur anteilig verpfändet worden, so konnten sie auch untereinander die Serviana geltend machen.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** kennt keinen besonderen Anspruch analog der Serviana. § 1227 BGB. bestimmt, daß, wenn das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt wird, auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden.

Familienrecht.

78.

Verlöbnis (§ 1297—1302 BGB.).

L 134 pr. Dig. 45, 1.

De verborum obligationibus.

Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gai Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adjecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta.

Titia, welche einen Sohn hatte, ging mit dem Gaius Seius, der eine Tochter hatte, eine Ehe ein. Und während der Ehe kamen sie überein, daß die Tochter des Seius dem Sohn der Titia verlobt werden sollte, zugleich wurde darüber eine Urkunde errichtet und eine Strafe hinzugefügt für den Fall, daß einer von ihnen der Verheiratung Hindernisse bereiten würde. Nachher starb Gaius Seius, und seine Tochter wollte nicht heiraten. Ich frage, ob die Erben des Gaius Seius aus der Stipulation haften. Antwort: Dem aus der Stipulation Klagenden würde, da die Bestimmungen nicht in Übereinstimmung mit den guten Sitten getroffen wäre, der Einwand der Arglist entgegenstehen, weil es als unsittlich angesehen ist, daß Ehen, mögen es zukünftige oder schon geschlossene sein, durch das Band einer Strafe festverbunden werden.

Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche würde ein gegen die guten Sitten verstoßendes und daher nach § 138 BGB. nichtiges Rechtsgeschäft vorliegen. Daß es gegen die guten Sitten verstößt, ergibt sich aus den Bestimmungen über das Verlöbnis. Es bestimmt § 1297: Aus einem Verlöbnis kann nicht auf Eingehung einer Ehe geklagt werden. Das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Eingehung der Ehe unterbleibt, ist nichtig.

Eheliches Güterrecht (§ 1363—1563 BGB.).

79.

L 5 § 9 Dig. 23, 3.

De jure dotum.

Si quis certam quantitatem patri donaverit ita, ut hanc pro filia daret,

Julianus hat im 17. Buche der Digesten geschrieben, daß, wenn jemand

Digitized by Google

non esse dotem profecticiam Julianus libro septimo decimo digestorum scripsit: obstrictus est enim ut det aut, si non dederit, condictione tenetur. hoc et in matre juris esse ait, si forte sub ea condicione uxor marito det, ut pro filia genero in dotem daret, nec videri uxorem marito donasse rectissime ergo ait, ut non sit interdicta donatio jure civili: non enim ad hoc dedit, ut ipse habeat, sed ut genero pro filia expendat: denique si non dederit, condictione tenetur.

eine bestimmte Summe einem Vater unter der Bedingung geschenkt habe, daß er sie für seine Tochter als Mitgift geben sollte, so sei das Heiratsgut kein profekticisches. Denn der Vater ist in diesem Falle verpflichtet, daß er es gebe, oder er haftet, wenn er es nicht gegeben hat, wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Dies ist nach seiner Meinung auch hinsichtlich der Mutter Rechtens, wenn etwa die Ehefrau dem Ehemann unter der Bedingung etwas übergeben sollte, daß er es für die Tochter dem Schwiegersohn als Heiratsgut übergäbe. Und er ist daher der Ansicht, daß die Ehefrau dem Manne kein Geschenk gemacht habe, so daß die Schenkung in diesem Falle nach bürgerlichem Recht nicht verboten wäre. Denn sie hat es nicht zu dem Zwecke gegeben, daß er es dem Schwiegersohn als Heiratsgut der Tochter übergebe. Er haftet daher, wenn er es nicht gegeben hat, wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

Bei der strengen Eheform, der Manusehe, wurde die Ehefrau zur Haustochter des Mannes. Sie verlor somit ihre Vermögensfähigkeit zugunsten ihres Mannes. Bei der Ehe ohne manus übte die Eheschließung dagegen keinen Einfluß auf das Vermögen, wie überhaupt auf die Geschäftsfähigkeit der Frau aus. Erst wenn die Ehefrau selbst oder ein Dritter eine dos als Beitrag zu den onera matrimonii bestimmte, trat hinsichtlich dieses Vermögens zugunsten des Mannes eine Veränderung ein.

Die Rechtsstellung der dos hat verschiedene Wandlungen durchgemacht. Zuletzt hatte der Mann an ihr dem Namen nach Eigentum, der Wirklichkeit nach aber nur ein weites Nutzungsrecht. Bei Scheidung der Ehe war die dos gewöhnlich zurückzugeben.

Nach dem Besteller der dos unterscheidet man dos profecticia, wenn sie vom Vater oder Großvater der Frau bestellt war, und adventicia, wenn die Bestellung von einem Dritten oder von der Frau selbst erfolgte.

Für unser Beispiel ist noch hervorzuheben, daß die dos profecticia an den Besteller zurückkam, ferner daß eine donatio inter virum et uxorem nichtig war. Ein Eingehen auf das eheliche Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches würde zu weit führen.

Annahme an Kindesstatt (§ 1741—1772 BGB.).

80.

L 2 Dig. 1, 7.

De adoptionibus et emancipationibus.

Generalis enim adoptio duobus modis fit, aut principis auctoritate aut magistratus imperio. principis auctoritate adoptamus eos, qui sui

Die Annahme an Kindesstatt geschieht gewöhnlich auf zweierlei Weise, entweder durch die Autorität des Kaisers oder vermöge der Amtsgewalt eines

Digitized by Google

juris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit justum sibi filium esse, et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur. imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentis sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis. Illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt. Hoc vero proprium est eius adoptionis, quae per principem fit, quod is, qui liberos in potestate habet si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed et liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes.

Staatsbeamten. Durch die Autorität des Kaisers lassen wir diejenigen Kinder adoptieren, die eigenen Rechtens sind. Diese Art der Adoption heißt Arrogation, weil sowohl derjenige, der an Kindesstatt annimmt, gefragt wird (rogatur ist gleich interrogatur), ob er wolle, daß derjenige, den er an Kindesstatt anzunehmen im Begriff sei, sein rechter Sohn sei, als auch derjenige, der an Kindesstatt angenommen wird, ob er es zugebe, daß dies geschehe. Vermöge der Amtsgewalt der Staatsbeamten nehmen wir diejenigen an Kindesstatt an, welche sich in der Gewalt ihrer Väter befinden, mögen sie den ersten Grad von Abkömmlingen einnehmen, wie Sohn oder Tochter, oder einen ferneren, wie Enkel und Enkelin, Großenkel und Großenkelin. Daß aber ist beiden Arten von Annahme an Kindesstatt gemeinschaftlich, daß auch Zeugungsunfähige, wie Spadonen, an Kindesstatt annehmen können.

Das hingegen ist aber der Annahme an Kindesstatt, die durch den Kaiser geschieht, allein eigentümlich, daß, wenn jemand, der Kinder in seiner Gewalt hat, sich an Kindesstatt annehmen läßt, er nicht nur selbst der Gewalt des Annehmenden unterworfen wird, sondern auch seine Kinder als Enkel in dessen Gewalt treten.

Nach heutigem Recht erfolgt die Adoption, die Annahme an Kindesstatt, durch Vertrag zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde. Dieser Vertrag bedarf der vormundschaftlichen Genehmigung. Durch den Vertrag erlangt das Adoptivkind zu seinem Adoptivvater die Stellung eines ehelichen Kindes. Hinsichtlich der Kinder des Adoptierten ist bestimmt, daß sich die Wirkungen der Adoption auf die Kinder, die nach der Adoption geboren werden, ohne weiteres mit erstreckt, auf die schon vorhandenen Kinder jedoch nur, wenn der Vertrag auch mit ihnen abgeschlossen worden ist (§ 1762 BGB.).

Vormundschaft (§ 1773—1921 BGB.).

81.

L 7 Dig. 26, 1.

De tutelis.

Si filius familias tutor a praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri, si non agnovit, dumtaxat de peculio.

Wenn ein Familiensohn vom Prätor als Vormund bestellt worden ist, so haftet der Vater, wenn er die Vormundschaft als für ihn verbindlich an-

Digitized by Google

adgnovisse autem videtur, sive gessit sive gerenti filio consensit sive omnino attigit tutelam. unde cum quidam filio scripsisset, ut diligenter tutelam gereret, „cum scias", inquit, „periculum ad nos pertinere", dixi hunc quoque videri adgnovisse: plane si solum monuit filium, non videtur agnita.

erkannt hat, auf das Ganze, wenn nicht, nur insoweit das Pekulium reicht. Er scheint aber anerkannt zu haben, wenn er die Verwaltung selbst übernahm oder seinem Sohne in dieser Hinsicht seine Einwilligung erteilte, oder überhaupt in irgend eine Beziehung mit der Vormundschaft kam. Ich bin deshalb der Ansicht, daß eine Anerkennung vorliegt, wenn jemand seinem Sohn schrieb, er solle aufmerksam die Vormundschaft verwalten, „da du weißt, daß jeder Schaden uns zur Last fällt". Wenn er jedoch lediglich seinen Sohne ermahnte, so scheint darin keine Anerkennung zu liegen.

Das **römische Recht** kannte zwei Delationsgründe zur Vormundschaft: Testament und Gesetz. Vater und Mutter konnten durch Testament einen Vormund berufen; der vom Vater berufene war in der Hinsicht freier, daß nicht eine obrigkeitliche Nachprüfung seiner Tauglichkeit stattfand, er war ein tutor sine inquisitione, während der mütterliche cum inquisitione war. War kein testamentarischer tutor vorhanden, so kam es zur gesetzlichen Tutel. Hier kamen zunächst die Agnaten in Betracht. In Ermangelung näherer Agnaten wurde vom Prätor ein Vormund bestellt, tutor dativus, im corpus juris häufig Atilianus genannt nach dem Urheber der lex, die die gesetzliche Tutel einführte.

In unserm Falle ist ein Haussohn zum Vormund ernannt worden, und es wird gefragt, wie über seine und seines Vaters Haftung zu entscheiden ist.

Hatte der Vater seine Genehmigung zur Übernahme der Vormundschaft erteilt, so haftete er für die Verbindlichkeiten seines Sohnes aus der Vormundschaft. Hatte er dagegen seine Genehmigung nicht erteilt, so war für ihn auch keine Haftung begründet. Der Sohn haftete dann nur in Höhe seines peculium.

Die grundsätzliche Vermögensunfähigkeit der Hauskinder wurde nämlich in Rom durchbrochen durch Gewährung eines Sondervermögens, peculium, an das Hauskind.

Man unterschied vier Arten von Sondervermögen:

1. peculium profecticium, vom Vater gewährt, der auch Eigentümer blieb,
2. peculium castrense oder quasicastrense, das Vermögen, das das Hauskind als Soldat oder Beamter sich erwarb,
3. peculium adventicium regulare, aus dem Vermögen der Mutter kommend,
4. peculium adventicium irregulare, von dritter Seite stammend.

Bei den peculia zu 2—4 erwarb das Hauskind selbständiges Eigentum.

Für das **Bürgerliche Gesetzbuch** kommt die Frage bezüglich der Haftung des Vaters nicht mehr in Betracht, denn zum Vormund kann nur eine unbeschränkt geschäftsfähige Persönlichkeit ernannt werden.

Die Bestallung des Vormundes erfolgt nach heutigem Recht nur von Gesetzeswegen, also nur noch tutela dativa. Wohl aber kennt das Bürgerliche Gesetzbuch einen Anspruch auf Berufung von seiten der Obrigkeit.

Digitized by Google

Und zwar sind nach § 1777 BGB. berufen:
1. Wer vom Vater des Mündels,
2. wer von der ehelichen Mutter des Mündels als Vormund benannt worden ist,
3. der Großvater des Mündels väterlicherseits,
4. der Großvater des Mündels mütterlicherseits.

Sind diese Personen übergangen, so steht ihnen ein Beschwerderecht zu. Ist keinem von ihnen die Vormundschaft übertragen, so hat das Vormundschaftsgericht nach Anhörung des Gemeindewaisenrates einen Vormund auszuwählen.

82.

L 36 Dig. 26, 7.

De administratione tutorum.

Inter tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur: nam divisio tutelae, quae non juris, sed jurisdictionis est, modum administrationi facit et inter ipsos locum habet nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

Eine Vormundschaft ist unter die Vormünder verteilt worden. Die Billigkeit, die das Recht der Kompensation einführte, wird wegen des Amtes und der Person des klagenden Vormundes nicht außer Acht gelassen. Denn die Teilung der Vormundschaft, welche kein Ausfluß des Rechts, sondern vielmehr der Rechtsprechung ist, bestimmt nur die Art der Verwaltung und kann von den Vormündern selbst vorgenommen werden, darf aber denen, die gegen das Mündel klagen wollen, nicht hindernd entgegenstehen.

Eine Vormundschaft ist unter mehrere Vormünder geteilt worden. Kann ein von einem Vormund in Anspruch genommener Schuldner gegen diesen Anspruch mit einer ihm gegen einen andern Vormund zustehenden Forderung aufrechnen? Die Frage ist bejaht mit der Begründung, daß trotz der Teilung die Vormundschaft eine Einheit bilde.

Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch würde die Aufrechnungsmöglichkeit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ohne weiteres gegeben sein, da der Klagende wie der wegen Aufrechnung in Anspruch Genommene eine Person ist.

Erbrecht.

Gesetzliche Erbfolge (§ 1922—1941 BGB.).

83.

L 2 § 9 Dig. 38, 17.

S. C. Tertullianum.

Sed si quis decessisset relicta filia, quam in adoptionem legitime dederat, relicta et matre, divus Pius decrevit cessare senatusconsultum Tertullianum et simul esse admitten-

Ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum.

Ist aber jemand mit Hinterlassung einer auf gesetzmäßigem Wege in Annahme an Kindesstatt gegebenen Tochter und seiner Mutter gestorben, so hat Kaiser Pius verordnet, falle der ter-

Digitized by Google

das ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem et filiam. sed quod idem Julianus scripsit matrem ex senatusconsulto non posse admitti, si filia in bonorum possessione petenda cessaverit, verum non erit: succedit enim filiae. et ideo dicendum erit matrem, donec filia bonorum possessionem petere potest, bonorum possessionem accipere non posse, quoniam succedere quasi legitima speraretur.

tullianische Senatsbeschluß weg, und es müssen daher beide, Mutter und Tochter, zu dem Nachlaßbesitz unde proximi agnati zugelassen werden. Wenn aber derselbe Julianus schreibt, die Mutter könne nach dem Senatsbeschluß nicht zugelassen werden, wenn die Tochter von der Forderung des Nachlaßbesitzes abgestanden sei, so dürfte dies unrichtig sein. Denn sie folgt der Tochter nach, und darum kann die Mutter, solange die Tochter den Nachlaßbesitz fordern kann, denselben nicht erhalten, weil die Hoffnung vorhanden ist, sie werde als gesetzmäßige Erbin nachfolgen.

Das **römische Intestaterbrecht** zerfällt in vier Perioden:

1. Die der XII Tafeln mit folgenden Bestimmungen: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, cui proximus agnatus nec escit, gentiles familiam habento. Das Erbrecht der XII Tafeln legt das Gewicht also auf die agnatische Erbfolge. Agnaten sind diejenigen, die unter einer väterlichen Gewalt stehen oder stehen würden, wenn der gemeinsame Stammvater noch lebte. Als Anspruch aus diesem Erbrecht wurde die hereditatis petitio gegeben.
2. Der Prätor legt das Hauptgewicht auf die Blutsverwandtschaft. Er beruft zu Erben
   a. alle liberi, auch die emancipati, nach dem edictum unde liberi,
   b. die nach den XII Tafeln Berechtigten nach dem edictum unde legitimi,
   c. sämtliche Blutsverwandte nach dem edictum unde cognati,
   d. die Eheleute nach dem edictum unde vir et uxor, ohne Rücksicht, ob eine Manusehe vorlag, bei welcher die Ehefrau filiae loco schon nach den XII Tafeln erben würde.

   Auf Grund der Edikte gab der Prätor die bonorum possessio.
3. Die Periode der Kaisergesetzgebung:
   a. S. C. Tertullianum, unter Hadrian: Die Mutter, die das jus liberorum hatte, d. h. 3, 4 oder 5 Kinder, je nachdem sie in Rom, in Italien oder in der Provinz lebte, bekam ein Erbrecht gegenüber ihren Kindern.
   b. S. C. Orphitianum unter Mark Aurel gibt umgekehrt den Kindern ein Erbrecht gegenüber ihrer Mutter.
4. Justinian gab eine grundsätzliche Neuregelung des Erbrechts in den Novellen 118 und 127 nach folgendem Merkvers:

   Descendens omnis succedit in ordine primo, in erster Linie erben die Kinder und Kindeskinder,

   Ascendens proprior, germanus filius eius, sodann Ascendenten vollbürtige Geschwister und deren Kinder,

   Tunc latere ex uno frater quoque, filius eius, halbbürtige Geschwister und deren Descendenz,

   Denique proximior reliquorum quisque superstes, zuletzt alle übrigen Verwandten.

In unserm Beispiel hat der Verstorbene seine Tochter und seine Mutter hinterlassen.

Digitized by Google

Die Tochter ist rite in Adoption gegeben worden und damit aus der agnatischen Verwandtschaft des Verstorbenen ausgeschieden. Bei der Mutter ist als Voraussetzung anzunehmen, daß sie einerseits nicht in Manusehe mit ihrem Mann gelebt hat, denn sonst würde sie als agnatische Schwester des Verstorbenen schon nach den XII Tafeln ein Erbrecht haben, anderseits daß sie das jus liberorum hat.

Wie hat nun die Erbschaftsteilung nach dem vorjustinianischen Recht einzutreten?

Die Tochter erbt, da sie durch Adoption einer fremden Familie angehörte, nur nach dem interdictum unde cognati (2 c). Nach derselben Bestimmung erhält auch die Mutter ein Erbrecht, so daß beide zugleich nach diesem Interdikt Erbe werden, die Tochter aber in erster Linie. Schlägt die Tochter aus, so kann die Mutter entgegen der Entscheidung in obiger Stelle nach den interdictum unde cognati Erbe werden, denn das prätorische Erbrecht im edictum successorium kennt eine successio ordinum et graduum.

Nach justinianischem Recht würde in erster Linie allein die Tochter erben, die Adoption hat keinen Einfluß auf das Verhältnis der wirklichen Eltern zu ihren Kindern hinsichtlich des Erbrechts mehr. Schlägt die Tochter aus, so bekommt die Mutter die Erbschaft als ascendens proprior.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** hat sich bei der gesetzlichen Erbfolge dem deutschrechtlichen Parentelsystem angeschlossen. Unter einer Parentel oder Ordnung versteht man die Gesamtheit aller von einem Stammvater Abstammenden, einschließlich des Stammvaters.

Die erste Parentel bildet der Erblasser mit seinen Descendenten, die zweite die Eltern des Erblassers mit ihrer Descendenz usw. Daneben besteht noch ein Erbrecht des Ehegatten (§ 1931—1934 BGB.).

In unserm Beispiel würde daher, wie im justinianischen Recht, in erster Linie die Tochter als zur ersten Ordnung gehörig Erbe werden (§ 1924 BGB.), denn auch im heutigen Recht ändert die Adoption nichts hinsichtlich der erbrechtlichen Stellung des Adoptierten zu seinem Erzeuger. Und erst nach Wegfall der Tochter würde die Mutter Anspruch auf die Erbschaft haben (§ 1925 BGB.).

Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967—2017 BGB.).

84.

L 5 Dig. 28, 8.

De jure deliberandi.

Aristo scribit non solum creditoribus, sed et heredi instituto praetorem subvenire debere hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, ut perinde instruere se possint, expediet nec ne agnoscere hereditatem. Si maior sit hereditas et deliberat heres et res sunt in hereditate, quae ex tractu temporis deteriores fiunt, adito praetore potest is qui deliberat sine praejudicio eas justis pretiis vendere: qui possit etiam ea, quae nimium sumptuosa sint, veluti jumenta aut venalicia, item ea quae mora deteriora fiant, vendere. quique prae-

Aristo schreibt, der Prätor solle nicht nur den Gläubigern, sondern auch den eingesetzten Erben seine Hilfe zuteil werden lassen und diesen es möglich machen, die Urkunden einzusehen, damit sie sich sofort unterrichten können, ob die Annahme der Erbschaft ihnen nützlich ist oder nicht. Ist die Erbschaft zu bedeutend, der Erbe im Überlegen begriffen und sind Gegenstände in der Erbschaft, die durch den Zeitverlust schlechter werden, so kann der Erbe unter Vorwissen des Prätors, ohne dadurch sich verantwortlich zu machen, diese Gegenstände zu dem ge-

Digitized by Google

terea curaturus sit, ut aes alienum quod sub poena vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvatur.

hörigen Preise verkaufen, da er ja allzuviel Aufwand verursachende Gegenstände, wie Zugvieh oder verkäufliche Sklaven, ebenso Sachen, die durch das Aufheben schlechter werden, verkaufen kann. Er wird überdies dafür sorgen, daß die Schulden, die unter einer Strafe oder unter kostbaren Pfändern vorhanden sind, gezahlt werden.

Die rechtliche Stellung der Erben wurde **in Rom** durch das Prinzip der Universalsukzession beherrscht: heres personam defuncti sustinet, d. h. vom Augenblick des Antritts der Erbschaft an hat der Erbe für alle Rechte und Verbindlichkeiten einzustehen und zwar auch mit seinem eigenen Vermögen, die beiden Vermögensmassen bilden eine Einheit. Dies konnte nachteilige Folgen haben sowohl für den Erben, wenn die Erbschaft überschuldet war, als auch für die Nachlaßgläubiger, wenn der Erbe überschuldet war. Der Prätor gewährte in beiden Fällen unter gewissen Voraussetzungen seine Hilfe.

Den Gläubigern gab er das beneficium separationis. Dies gewährte den Nachlaßgläubigern einen Anspruch auf Absonderung des Nachlaßvermögens vom Vermögen des Erben und die Befugnis, sich vor den Gläubigern des Erben aus dem Nachlaß zu befriedigen.

Zugunsten der Erben wurde gegeben:

1. Das spatium deliberandi, das Recht des Erben, sich eine Frist zu erbitten, während der die Gläubiger nicht gegen ihn vorgehen konnten, damit er sich überlegen konnte, ob er vom beneficium abstinendi, das allerdings nur für die sui heredes Geltung hatte, Gebrauch machen wollte.
2. Das beneficium inventarii, das allen Erben gegeben wurde. Wenn ein Erbe, ohne Deliberationsfrist zu erbitten, innerhalb 30 Tagen seit Kenntnis der Delation ein Inventar zu errichten anfing und binnen weiterer 60 Tage vollendete, so konnte er eine beschränkte Haftung allen Nachlaßgläubigern gegenüber herbeiführen.

Während der Schwebezeit zu 1 und 2 gab der Prätor dem Erben das Recht, Einsicht in alle Nachlaßgegenstände zu nehmen, ferner auf Antrag Gegenstände, die vermöge ihrer Beschaffenheit dem Verderben ausgesetzt waren, oder deren Beibehaltung Schwierigkeiten mit sich brachte, zu angemessenen Preisen zu verkaufen.

Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** haftet der Erbe unbeschränkt, aber beschränkbar. Als Beschränkungsmittel allen Nachlaßgläubigern gegenüber ist die Nachlaßverwaltung (§ 1975 — 1992 BGB.) und der Nachlaßkonkurs, sowie die Preisgabe des Nachlasses (§ 1990 BGB.) gegeben, einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber wird die Haftung des Erben beschränkt durch Ausschließung im Aufgebotsverfahren und durch Verschweigung (§ 1973, 1974 BGB.).

Stets kann jedoch eine Beschränkung nur eintreten, solange der Erbe das Inventarrecht nicht verloren hat, d. h. wenn er eine ihm von den Gläubigern gesetzte angemessene Frist zur Inventarisierung des Nachlasses nicht nutzlos hat verstreichen lassen oder schlecht inventarisiert hat.

An Stelle des beneficium separationis tritt für die Nachlaßgläubiger der Rechtsbehelf, daß in der Regel auch sie berechtigt sind, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs zu beantragen.

Während der Schwebezeit haftet der Erbe hinsichtlich der ihm unterstellten Nachlaßgegenstände wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag.

Digitized by Google

Erbschaftsanspruch (§ 2018—2031 BGB.).

85.

L 9, 11 u. 12 Dig. 5, 3.

De hereditatis petitione.

Regaliter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam. Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo jure nos uti Proculus scribit. sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit „quia possideo“ nec contendet se heredem vel per mendacium nec ullam causam possessionis possit dicere.

Man kann als Regel aufstellen, daß derjenige auf die Erbschaftsklage hafte, der sei es ein Recht oder eine zur Erbschaft gehörige Sache als Erbe oder als Besitzer besitzt.

Als Erbe besitzt der, der sich für den Erben hält. Ob aber auch derjenige, welcher weiß, daß er nicht Erbe ist, als solcher besitzen könne, ist fraglich. Arrianus ist im zweiten Buche über die Edikte der Meinung, daß er hafte, und, wie Prokulus schreibt, ist dies Rechtens. Denn auch ein Nachlaßbesitzer wird so angesehen, als besitze er als Erbe. Als Besitzer aber besitzt ein Räuber, der gefragt, auf Grund wessen Rechtes er besitze, antwortet: weil ich besitze, und garnicht behauptet, daß er Erbe sei, oder nur als Lügner und überhaupt keinen Grund für seinen Besitz angeben kann.

Nach **römischem Recht** ist die hereditatis petitio ein Seitenstück zur rei vindicatio. Mit dieser wurde eine bestimmte Sache, mit jener der Nachlaß aus dem Besitz des Beklagten herausverlangt. Mit welcher von diesen Klagen der Kläger vorgehen mußte, hing von dem Rechte ab, welches sich der Beklagte an der Sache anmaßte. Behauptete der Beklagte, daß er den angeblichen Nachlaßgegenstand auf Grund eines besonderen Rechtstitels hinter sich habe, so mußte der Kläger die rei vindicatio anstellen. Dagegen war die hereditatis petitio begründet, falls der Beklagte den Nachlaß pro herede oder pro possessore im Sinne obiger Stelle innehatte.

Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** kann die Eigentumsklage in jedem Falle angebracht werden. Neben der rei vindicatio hat der Erbe noch den weiteren Erbschaftsanspruch entsprechend der hereditas petitio, aber nur gegen den possessor pro herede (§ 2018 BGB.). Letzterer Anspruch gewährt dem Erben insofern Vorteile, als mit ihm die Erbschaft in ihrem ganzen Umfang als Vermögenseinheit verfolgt wird und der Erbe nicht jeden einzelnen Gegenstand besonders benennen muß, vielmehr dem Erbschaftsbesitzer der Nachweis obliegt, welche Gegenstände sich im Nachlaß befunden haben, und wo sie geblieben sind (§ 2027, 1 BGB.).

86.

L 16 § 7 Dig. 5, 3.

Erbschaftsanspruch. De hereditatis petitione.

Idem Julianus scribit, si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem vel singulas res praestiterit, peti ab eo hereditatem posse, quia

Julianus schreibt ferner, daß gegen den, der eine Erbschaft auf Grund eines Fideikommisses herausgegeben oder einzelne Sachen gewährt habe,

Digitized by Google

habet condictionem earum, quae sunt ex ea causa solutae, et veluti juris possessor est. sed et si pretia rerum, quas distraxit, ex causa fideicommissi solvit, peti hereditatem ab eo posse, quia repetere potest. sed his casibus actiones suas dumtaxat eum praestaturum, cum et res extant et potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare.

die Erbschaftsklage stattfinde, weil ihm eine Kondiktion auf die aus diesem Grunde verabreichten Sachen zusteht und er gleichsam Besitzer eines Rechtes ist. Auch wenn er den Wert von entfernten Sachen auf Grund eines Fideikommisses gezahlt hat, könne die Erbschaftsklage gegen ihn angestellt werden, weil er sie wieder fordern kann. In diesem Falle könne er sich aber nur dann zur Klageabtretung erbieten, wenn sowohl die Sachen noch vorhanden sind, als auch der Kläger sie durch eine dingliche Klage zurückfordern kann.

Die hereditatis petitio (vgl. die vorige Stelle) geht auf Herausgabe der Erbschaft als einer Einheit. Welche Rechtslage tritt ein, wenn der Erbschaftsbesitzer Sachen der Erbschaft veräußert hat?

In **Rom** wurde er auch unmittelbar auf diese Sachen mitbelangt. Ihm lag es dann ob, die Rückforderung der von ihm entäußerten Erbschaftssachen zu bewirken, er hatte jedoch das Recht, seinen Rückforderungsanspruch dem Kläger abzutreten. Der Kläger brauchte jedoch diese Abtretung nur anzunehmen, wenn der Anspruch des Erbschaftsbesitzers gegen den Dritten liquid war.

Nach dem **Bürgerlichen Gesetzbuch** ist die Haftung des Erbschaftsbesitzers dem Erbschaftsanspruch gegenüber verschieden, je nachdem der Erbschaftsbesitzer gutgläubig oder bösgläubig ist. Die Haftung entspricht der des Besitzers der Eigentumsklage gegenüber, worüber uns die Stelle Nr. 64 Aufschluß gibt.

Testament (§ 2064—2278 BGB.).

87.

L 120 Dig. 50, 16.

Allgemeines.

Verbis legis duodecim tabularum his „uti legassit suae rei, ita jus esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.

De verborum significatione.

Durch die Worte der XII Tafeln: wie nun immer jemand über seine Angelegenheiten letztwillig verfügt haben mag, so soll es rechtsgültig sein, scheint die weiteste Macht, sowohl Erben einzusetzen, als Vermächtnisse zu hinterlassen und Freiheiten zu geben, sowie ferner Vormundschaften zu bestimmen, erteilt zu sein. Aber dies ist teils durch die Bestimmungen des Gesetzes, teils durch die herrschend gewordene Ansicht der Rechtsgelehrten beschränkt worden.

Die gesetzliche Erbfolge, die wir in Nr. 83 behandelt haben, kommt erst zur Anwendung, wenn kein Testament vorhanden ist. Die Gesetzgebung der XII Tafeln gab dem Erblasser das Recht, ganz nach seinem Belieben über seinen Nachlaß zu verfügen. Aus wirtschaftlichen Rücksichten ist dieses Recht bedeutend eingeschränkt worden.

1. Das freie Recht der Erbeseinsetzung ist beschränkt worden durch das Pflichtteilsrecht, das einem durch Testament ausgeschlossenen

Digitized by Google

gesetzlichen Erben unter Umständen trotz seiner Ausschließung einen Erbschaftsanspruch gewährt.

2. Das Recht, beliebig Vermächtnisse auszusetzen, ist weiter noch eingedämmt worden durch mehrere S. C. consulta, die eine Inanspruchnahme der Erbschaft durch Vermächtnisnehmer nur bis zu einer bestimmten Höhe zuließen.
3. Beschränkungen von Freilassungen, manumissio testamento, sind eingetreten durch die lex Aelia Sentia 4 n. Chr., die eine Freilassung in fraudem creditorem verbot, ferner bestimmte, daß der Freilasser mindestens 20 Jahre, der Freizulassende mindestens 30 Jahre alt sein sollte, sowie daß verbrecherische Sklaven nur dediticii, nicht vollfreie Bürger werden durften, ferner durch die lex Fufia Caninia 8 n. Chr., nach der nur ein Bruchteil der Sklaven freigelassen werden durfte, im ganzen nicht über 100.
4. Das Recht der Vormundschaftsernennung wurde beschränkt durch den Anspruch der nächsten Verwandten des Mündels auf die Vormundschaft.

Die Bestimmungen zu 1 und 2 werden unten bei den Stellen über das Pflichtteilsrecht Nr. 98 und 99 und über Vermächtnisse Nr. 95 und 96 einschläglich behandelt werden.

88.

L 41 pr. Dig. 29, 1.

Soldatentestament, Nacherbfolge.

Miles ita heredem scribere potest: „quoad vivit, Titius heres esto, post mortem eius Septicius“. sed si ita scripserit: „Titius usque ad annos decem heres esto“ nemine substituto, intestati causa post decem annos locum habebit. et quia diximus ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est, ut, antequam dies veniat, quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur et quod in bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio, licet non modicum sit, ex eodem privilegio competat.

De testamento militis.

Ein Soldat kann über seinen Erben so bestimmen: Solange Titius lebt, soll er mein Erbe sein, nach seinem Tode soll Septicius Erbe sein. Wenn er aber so schreibt: Titius soll auf 10 Jahre mein Erbe sein, ohne jemand zu substituieren, so soll nun nach 10 Jahren die gesetzliche Erbfolge an die Reihe kommen. Und wenn wir sagten, Soldaten können von einer bestimmten Zeit an bis zu einer bestimmten Zeit sich einen Erben ernennen, so folgt daraus notwendig, daß, bevor der Tag, wo der Eingesetzte Erbe wird, erscheint, die Erbschaft den gesetzlichen Erben anfällt, und daß dem Soldaten das, was er bei teilweiser Zuwendung seines Testaments tun kann, auch hinsichtlich der Zeitbestimmung, obgleich hier der Raum bedeutend ist, nach demselben Vorrecht zustehe.

Soldaten haben im Erbrecht weitgehende Erleichterungen sowohl in bezug auf die Errichtung eines Testaments nach beiden Rechten, als auch im römischen Recht hinsichtlich der Erbeseinsetzung.

Die Errichtung eines Testaments war im **römischen Recht** in der Hinsicht erleichtert, daß die Niederschrift vollständig willkürlich erfolgen konnte, daß keine Zeugen, keine Siegelung erforderlich war, ja daß sogar die Niederschrift mit Blut auf den Schild oder Schwert genügte. Für das **heutige Recht**

Digitized by Google

trifft das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 erleichterte Bestimmungen über das Militärtestament sowohl über die Datierung als auch über die Protokollerklärung vor einem Offizier oder zwei Zeugen.

Bei der Einsetzung des Erben konnte im Soldatentestament in Rom der Grundsatz semel heres, semper heres durchbrochen werden, und zwar konnte der Erbe sowohl auf einen Bruchteil, als auch auf eine bestimmte Zeit oder von einem bestimmten Zeitpunkt ab eingesetzt werden, wie obiges Beispiel zeigt.

Bei ersterer Einsetzung trat wie im Bürgerlichen Gesetzbuch § 2088 hinsichtlich des übrigen Teiles die gesetzliche Erbfolge ein. Bei letzterer kamen die Bestimmungen zur Anwendung, die jetzt für die Nacherbfolge gegeben sind (§ 2100 ff. BGB.). Für unser Beispiel kommen in Betracht § 2100: Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist, und § 2104: Hat der Erblasser angeordnet, daß der Erbe nur bis zu dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses Erbe sein soll, ohne zu bestimmen, wer alsdann die Erbschaft erhalten soll, so ist anzunehmen, daß als Nacherben diejenigen eingesetzt sind, die die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit des Eintritts des Zeitpunktes oder Ereignisses gestorben wäre.

89.

L 28 Dig. 28, 6.

Fictio legis Corneliae.

Lex Cornelia, quae testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non pervenissent. qua propter cum pater in hostium potestate decessit filio impubere relicto in civitate et is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas ad substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium postetatem non pervenisset. sed si pater in civitate decessit, filius impubes apud hostes, si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non incommode dicitur hereditatem eius ex ea lege ad substitutos pertinere: si vero vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo legi Corneliae locum esse, quia non efficitur per eam, ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat. quare etiam si pubes filius vivo patre captus fuerit, deinde mortuo in civitate patre in hostium potestate decesserit, patris hereditas ex lege duo-

De vulgari et pupillari substitutione.

Das Cornelische Gesetz, welches die Testamente derer, die in feindlicher Gewalt sterben, bestätigt, erstreckt sich nicht auf die Hinterlassenschaft derer, die Testamente machten, sondern auf alle Hinterlassenschaften, die nur immer an jemand aus ihrem Testamente hätten gelangen können, wenn (die Erblasser) nicht in feindliche Gewalt gekommen wären. Wenn deshalb der Vater in feindlicher Gewalt starb mit Hinterlassung eines unmündigen Sohnes im Staate und dieser im Zustande der Unmündigkeit starb, so kommt die Erbschaft an den Substituten ebenso, als ob der Vater nicht in feindliche Gewalt geraten wäre.

Wenn aber der Vater im Staate, der unmündige Sohn bei den Feinden starb, so nimmt man nicht unpassend an, daß, wenn erst nach dem Tode des Vaters der Sohn in feindliche Gewalt kam, jene Erbschaft nach diesem Gesetze an die Substituten falle.

Kam aber der Sohn bei Lebzeiten seines Vaters in feindliche Gewalt, so glaube ich nicht, daß hier das Cornelische Gesetz Anwendung findet, weil dasselbe nicht die Wirkung haben soll,

Digitized by Google

decim tabularum, non filii ex lege Cornelia ad adgnatum proximum pertinet.

daß einer, der im Staate kein Vermögen hinterließ, Erbe habe. Deshalb wird, wenn ein unmündiger Sohn bei Lebzeiten seines Vaters in Gefangenschaft geriet und in feindlicher Gewalt starb, die väterliche Erbschaft nach den XII Tafeln und nicht die des Sohnes nach dem Cornelischen Gesetz an die nächsten Agnaten komme.

In Rom konnte nur ein Vollbürger ein Testament errichten. Durch Kriegsgefangenschaft tritt hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Bürgers eine capitis deminutio maxima ein, die den Bürger in den Zustand der Sklaverei versetzte. Ein Gefangener verlor daher alle Rechte eines römischen Bürgers, und es wurde somit auch sein Testament ungültig.

Diese strenge Bestimmung wurde durch zwei Rechtsinstitute abgeschwächt:

1. Durch das jus postliminii: Kehrte der Gefangene wieder zurück, so lebten alle durch die Gefangenschaft untergegangenen Rechte wieder auf.
2. Durch die fictis legis Corneliae: Von einem in der Gefangenschaft sterbenden Römer wurde fingiert, daß er im Augenblick der Gefangennahme, also noch als Freier gestorben sei. Seine letztwilligen, vor der Gefangennahme getroffenen Verfügungen bleiben daher in Kraft.

90.

L 51 § 1 Dig. 29, 2.

Ausschlagung.

De adquirenda vel omittenda hereditate.

Filius familias heres scriptus patrem suum certiorem fecerat videri sibi solvendo esse hereditatem: pater reseripserat sibi parum idoneam renuntiari itaque debere eum diligentius explorare et ita adire, si idoneam comperisset: filius acceptis litteris partris adiit heredidatem: dubitatum est, an recte adisset. probabilius diceretur, quamdiu persuasum ei non sit solvendo esse hereditatem, patrem non obligasse.

Ein zum Erben ernannter Haussohn benachrichtigt seinen Vater, es scheine ihm die Erbschaft nicht überschuldet. Der Vater schrieb ihm zurück: er habe erfahren, sie wäre durchaus nicht annehmbar. Deshalb müsse er sorgfältig untersuchen und nur dann antreten, wenn er erfahren habe, daß sie annehmbar sei. Nach erhaltenem Bescheide tritt der Sohn die Erbschaft an. Es entstand Zweifel, ob er rechtlich angetreten habe. Richtiger möchte man annehmen, daß der Vater solange sich nicht verbindlich gemacht habe, als er sich nicht von der Zahlungsfähigkeit dieser Erbschaft überzeugt habe.

Ein Haussohn konnte in Rom nicht selbständig Rechte und Pflichten erwerben. Was er erwarb, erwarb er seinem Gewalthaber. Eine einem Haussohn zugedachte Erbschaft kam also ebenfalls rechtlich nur dem Hausvater zu. Es ist daher hinsichtlich des Antritts einer solchen Erbschaft lediglich aus der Person des Vaters zu entscheiden.

In Rom war Erfordernis des Erbewerdens die hereditatis aditio. Diese konnte formlos geschehen, ja es genügte die pro herede gestio. Es konnte aber auch testamentarisch eine Form vorgeschrieben werden, die sog. cretio, die darin bestand, daß in formeller Weise der Antritt erklärt werden mußte.

Digitized by Google

In unserem Beispiel kann mit Recht keine aditio seitens des Vaters angenommen werden, da er sich erst nochmals über den Bestand der Erbschaft informieren will.

Im **Bürgerlichen Gesetzbuch** gilt der Satz: Der Tote erbt den Lebendigen, es tritt mit dem Erbfall ein ipso jure Erwerb der Erbschaft ein. Der Erbe hat aber das Recht der Ausschlagung der Erbschaft innerhalb 6 Wochen von dem Zeitpunkte an, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt (§ 1944 BGB.).

91.

§ 5 J. II, 16.

Substitution.

Liberis autem suis testamentum facere nemo potest, nisi et sibi faciat: nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, ne filii quidem valebit.

De pupillari substitutione.

Für seine Kinder kann man aber nur dann ein Testament machen, wenn man es auch für sich selbst macht. Denn das Testament des Unmündigen ist nur ein Teil und ein Anhang des väterlichen Testaments und zwar soweit, daß, wenn das väterliche Testament nicht gilt, das des Sohnes auch keine Geltung hat.

Die Testierfähigkeit gibt dem Erblasser das Recht, einem in erster Linie eingesetzten Erben einen andern zu ernennen, der unter gewissen Voraussetzungen zur Erbschaft gelangen soll. Man sprach in einem solchen Falle von Substitution.

Das **römische Recht** unterschied drei Arten von Substitution:

1. Vulgarsubstition. Man versteht hierunter die Einsetzung eines Erben zweiten und ferneren Grades für den Fall, daß der eingesetzte Erbe nicht Erbe sein will oder kann, casus noluntatis vel impotentiae.
2. Pupillarsubstitution, die in unserm Beispiel vorliegt. Es ist die Einsetzung eines Erben in das künftige Vermögen des unmündigen suus des Testators für den Fall, daß das Kind zwar nach des Testators Tode, aber vor Erreichung der Volljährigkeit sterben sollte. Wesentliche Voraussetzung ist, daß der Vater selbst ein Testament gemacht hat, denn das Testaments des Pupillen, das der Vater für diesen errichtete, galt als pars et sequela testamenti patris. Ist daher das väterliche Testament aus irgend einem Grunde nichtig, so wirkt diese Nichtigkeit auch auf des Unmündigen Testament zurück.
3. Quasipupillarsubstition. Mit kaiserlicher Genehmigung konnte für ein mündiges, aber geisteskrankes Kind für den Fall seines Versterbens in diesem Zustande ein Substitut gesetzt werden. Dem Kinde mußte aber mindestens der Pflichteil frei bleiben, auch durften, falls Geschwister vorhanden waren, nur diese als Substituten eingesetzt werden.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** hat die Substitution rezipiert in dem Institute der Ersatzerbschaft. Nach § 2096 BGB. kann der Erblasser für den Fall, daß ein Erbe vor oder nach Eintritt des Erbschaftsfalles wegfällt, einen andern Erben ernennen. Es ist also lediglich die Vulgarsubstitution aufgenommen worden. Und zwar ebenfalls für den casus noluntalis vel impotentiae, die im Zweifel gleichzustellen sind. § 2097: Ist jemand für den Fall, daß der zunächst berufene Erbe nicht Erbe sein kann, oder für den Fall, daß er nicht Erbe sein will, als Ersatzerbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er für beide Fälle eingesetzt ist.

Digitized by Google

92.

L 15 pr. Dig. 28, 5.

Conjunctio.

Julianus quoque libro trigesimo refert, si quis ita heredem scripserit: „Titius ex parte dimidia heres esto: Seius ex parte dimidia: ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto“, dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem an vero in unum semissem Seium et Sempronium conjungere: quod est verius, et ideo conjunctim eos videri institutos: sic fiet, ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant.

De vulgari et pupillari substitutione.

Auch Julianus berichtet im 30. Buche, wenn jemand so die Erben einsetzte: Titius soll auf die Hälfte Erbe sein, Sejus soll auch auf die Hälfte Erbe sein, den Semponius setze ich auf den Teil, auf welchen ich den Sejus einsetzte, zum Erben ein, so könnte es zweifelhaft sein, ob (der Erblasser) die Erbschaft in drei gleiche Teile teilen oder dem Sejus und Sempronius gemeinschaftlich die eine Hälfte geben wollte. Dies letztere ist wahrscheinlich, und deshalb gelten sie als verbunden eingesetzt. So wird es daher kommen, daß Titius die Hälfte, die beiden andern jeder ein Viertel bekommen

Sind mehrere Erben auf je einen Bruchteil eingesetzt, so kann es vorkommen, daß die Bruchteile zusammen mehr als das Ganze betragen, wie in unserm Falle, wo der Erblasser drei Hälften vermacht hat. Er tritt dann gewöhnlich eine verhältnismäßige Minderung ein (§ 2090 BGB.).

Bei einer Erbeseinsetzung jedoch in obiger Form, wo bei zwei Erben der Bruchteil benannt ist, der dritte Erbe aber auf denselben Teil wie einer von den beiden eingesetzt ist, liegt eine Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Bruchteil vor, eine römischrechtliche conjunctio. Diese konnte in zweierlei Form geschehen:

1. re conjunctio, die Einsetzung mehrerer auf denselben Erbteil, wenn auch in verschiedenen Satzteilen,
2. re et verbis conjunctio, die Einsetzung mehrerer auf denselben Erbteil in demselben Satzteil.

Wann im heutigen Recht eine Einsetzung auf einen selbständigen Bruchteil (§ 2090 BGB.) oder eine Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbteil vorliegt, entscheidet lediglich der Sinn der testamentarischen Bestimmung.

93.

L 37 Dig. 29, 1.

Anwachsung.

Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem.

De testamento militis.

Wenn von einem Freigelassenen, der Soldat ist, zwei zu Erben eingesetzt wurden und der eine von ihnen die Erbschaft nicht antrat, so ist hinsichtlich dieses Teiles der Erblasser ohne Testament gestorben, weil ein Soldat auch für einen Teil seines Vermögens testieren kann. Und es steht dem Freilasser der Nachlaßbesitz ohne Testament zu; es müßte denn erwiesen sein, daß es der Wille des Erblassers war, es solle, wenn der Eine nicht Erbe wird, die ganze Erbschaft dem andern zufallen.

Digitized by Google

Nach **römischem Recht** war jeder Miterbe rechtsnotwendig eventueller Universalsukzessor in Ansehung des ganzen Nachlasses. Hieraus folgt, daß, wenn, wie in unserm Beispiel, ein testamentarisch eingesetzter Erbe nicht Erbe wird, die freigewordene Erbportion, falls nicht andere Bestimmungen getroffen waren, dem andern Erben anwuchs.

Keine Notwendigkeit der Akkreszenz bestand bei Soldatentestamenten (vgl. auch Nr. 88). Der freie Teil des Erbes eines freigelassenen Soldaten fiel also als Intestatportion dem Freilasser zu, der den ersten Anspruch darauf hatte.

Auch das **Bürgerliche Gesetzbuch** läßt unter mehreren eingesetzten Erben Akkreszenz eintreten kraft des vermuteten Willens des Erblassers, wenn mehrere Erben in der Weise eingesetzt sind, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen, andernfalls fällt der freigewordene Teil den gesetzlichen Erben zu. Fällt unter dieser Voraussetzung ein Erbe weg, so wächst dessen Erbteil den übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile an. Sind einige Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt, so tritt die Anwachsung zunächst unter ihnen ein (§ 2094 BGB.).

Vermächtnis (§ 2147—2191 BGB.).

94.

§ 1 u. 2. J. II, 20.

Allgemeines.

Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta. Sed olim quidem erant legatorum genera quattuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem: et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur. sed ex constitutionibus divorum principum sollemnitas huiusmodi verborum penitus sublata est. nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una natura sit et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam.

De legatis.

Ein Vermächtnis ist eine vom Erblasser hinterlassene Schenkung. Früher gab es vier Arten von Vermächtnissen: per vindicationem u. s. w., und es waren jeder bestimmte Worte vorgeschrieben, wodurch die einzelnen Arten bezeichnet wurden. Nach den Konstitutionen der Kaiser ist dieses strenge Festhalten an den Wortformen gänzlich weggefallen. Eine von uns mit genauer Erwägung der Sache und in der Absicht, daß der Wille der Toten wirksam sein solle, und nicht den Worten, sondern dem Willen derselben zugunsten erlassene Konstitution hat bestimmt, daß alle Vermächtnisse von einer Natur seien, und mit welchen Worten auch etwas hinterlassen sein möge, es den Vermächtnisnehmern freistehen solle, dieselben nicht bloß durch die persönlichen, sondern auch durch die dinglichen und hypothekarischen Klagen zu verfolgen.

Zu obiger Ausführung ist noch hinzuzusetzen, daß das legatum per vindicationem und per praeceptionem einen dinglichen, die beiden andern einen obligatorischen Anspruch begründeten.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nur ein einheitliches Rechtsinstitut. Nach ihm ist Vermächtnis die durch eine Verfügung von Todes wegen erfolgte Zuwendung eines Vermögensvorteils an den Vermächtnisnehmer ohne Einsetzung desselben hinsichtlich dieses Teiles zum Erben. Die Zuwendung kann durch Testament oder Erbvertrag erfolgen.

Digitized by Google

95.

L 60 pr. Dig. 36, 1.

Beschränkung.

Deducta parte quarta restituere rogatus hereditatem, prius quam restitueret, hereditario debitori heres exstitit. quoniam actio eo confusa per Trebellianum redintegrari non potest, pecuniae quoque debitae dodrans ex causa fideicommissi petetur. sed in eum diem, quo actio confusa est, usurae praeteriti temporis, quae in obligatione vel in officio judicis fuerunt, computabuntur: posterioris ita demum, si mora fideicommisso facta sit.

Ad senatusconsultum Trebellianum.

Wenn derjenige, der mit Abzug des vierten Teiles um Herausgabe der Erbschaft gebeten worden ist, vor der Herausgabe Erbe eines Erbschaftsschuldners geworden ist, so können, weil die durch die Vereinigung erloschene Klage durch den Trebellianischen Senatsbeschluß nicht wiederhergestellt werden kann, auch drei Viertel der schuldigen Summe auf Grund des Fideikommisses in Anspruch genommen werden. Die Zinsen werden jedoch, die in der Verbindlichkeit selbst begründet waren oder von Amtswegen zuerkannt werden mußten, bis zu dem Tage, in dem der Anspruch durch Vereinigung erloschen war, berechnet, die für die fernere Zeit nur dann, wenn dem Fideikommiß ein Verzug widerfahren.

Der Grundsatz des **römischen Erbrechts** semel heres, semper heres wurde umgangen durch die Rechtsinstitute der Universalfideikommisse und Universalegate. Hierunter ist die Anordnung eines Vermächtnisses in der Art zu verstehen, daß der Erbe dem Vermächtnisnehmer entweder den ganzen Nachlaß oder einen Teil desselben ausantworten sollte. Da der Erbe in solchem Falle für die ganzen Nachlaßverbindlichkeiten allein haftete, so war seine Stellung sehr schlecht.

Um auch dem Universalvermächtnisnehmer an den Schulden der Erbschaft tragen zu lassen, wurden dann zwischen ihm und dem Erben Stipulationen geschlossen, nach denen das Vermächtnis nur übergeben wurde gegen die Verpflichtung der Übernahme der verhältnismäßigen Verpflichtungen. Die Stipulationen wurden entbehrlich durch das S. C. Trebellianum 62 n. Chr. Dieses bestimmte, daß der Universalvermächtnisnehmer im Verhältnis dessen, was er aus der Erbschaft erlangte, heredis loco stehen sollte, also ipso jure insoweit die Erbschaftsschulden zu tragen hatte. Das S. C. Pegasianum ließ diese Einrichtung wieder fallen. Nach ihm waren wieder besondere Stipulationen erforderlich, um eine Haftung des Universalvermächtnisnehmers herbeizuführen. Dafür bestimmte es aber, daß dem Erben die quarta Falcidia bleiben müsse, d. h. der Erbe mußte mindestens ein Viertel der Erbschaft bekommen, frei von Vermächtnissen und sonstigen Verpflichtungen.

Justinian verschmolz Trebellianum und Pegasianum: Der Erbe sollte die quarta Falcidia haben, außerdem sollte im Verhältnis des Erlangten der Universalvermächtnisnehmer heredis loco sein.

In unserm Beispiel ist nach der Berechnung der Quart eine Erbschaftsschuld infolge Beerbung des Schuldners durch den Erben erloschen. Eine Wiederherstellung der Forderung für die Vermächtnisnehmer gegen den Erben ist nicht gestattet. Es war daher lediglich ein Anspruch für sie an drei Vierteile der Schuldforderung, abgesondert von dem der Schuld zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, gegeben.

Wegen der Bestimmungen des **Bürgerlichen Gesetzbuches** vergleiche die folgende Stelle.

Digitized by Google

96.

L 61 Dig. 35, 2.

Quarta Falcidia, Verschaffungsvermächtnis.

Ad legem Falcidiam.

Alienus fundus tibi legatus est: hunc heres cum emere nisi infinito pretio non posset, emit multo pluris, quam quanti erat, qua emptione effectum est, ut legatarii ad legem Falcidiam revocarentur. quaero, cum, si fundus tanti, quanti re vera, emptus esset, legata non fuerant excessura jus legis Falcidiae, an hoc ipso heres institutus partem revocandi a legatariis jus habeat, quod ex voluntate defuncti pluris emerit fundum, quam quanti erat. respondit: quod amplius heres quam pretium fundi legatario solvit, id lege Falcidia imputari non potest, quia neglegentia eius nocere legatariis non debet, utpote cum is confitendo veram aestimationem praestare poterat.

Es ist dir ein fremdes Grundstück vermacht worden. Da der Erbe dasselbe nur um einen unermeßlichen Preis erhalten konnte, so kaufte er es bei weitem teurer, als es wert war. Hierdurch trat die Folge ein, daß an die Vermächtnisnehmer die Aufforderung wegen der falcidischen Quart erging. Ich frage nun: Hat, wenn die Vermächtnisse die Rechtsvorschriften nicht überstiegen haben würden, sobald das Landgut für soviel, als es wirklich wert war, verkauft worden wäre, der eingesetzte Erbe dadurch allein, daß er das Landgut dem Willen des Testators gemäß teurer gekauft hatte, als es wert war, ein Recht, einen Teil von den Vermächtnisnehmern zurückzu fordern? Antwort: Was der Erbe über den wahren Wert an den Vermächtnisinhaber gezahlt hat, das kann nach dem falcidischen Gesetz nicht in Anrechnung gebracht werden, weil seine Nachlässigkeit die Vermächtnisnehmer nicht schädigen darf, weil derselbe, wenn er gestehend sich erklärt hätte, den wahren Wert erlegen konnte.

Ursprünglich war im römischen Recht den Vermächtnissen kein Maß gesetzt worden. Aus wirtschaftlichen Gründen erfolgten jedoch bald Einschränkungen. Zunächst bestimmte die lex Furia testamentaria, daß außer den Kognaten bis zum fünften Grade niemand mehr als 1000 as als Vermächtnis annehmen durfte. Sodann setzte die lex Voconia fest, ne cui plus legatorum nomine capere liceret, quam heredes caperent, wobei es streitig war, ob darunter zu verstehen war, daß nicht mehr als die Hälfte der Erbschaft mit Vermächtnissen belastet sein durfte, oder daß niemand ein höheres Legat annehmen durfte, als der am wenigsten bedachte Erbe aus der Erbschaft bekam. Zuletzt verbot die lex Falcidia 40 v. Chr., mehr als drei Vierteile der Erbschaft mit Legaten zu belasten. Geschieht es trotzdem, dann kann der Erbe das Mehr zurückfordern.

In unserem Falle war die testamentarische Bestimmung derartig getroffen, daß an und für sich dem Erben die quarta Falcidia blieb. Nur infolge des übermäßigen Preises, den der Erbe, um ein Verschaffungsvermächtnis, d. h. ein Vermächtnis eines Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehört, ausantworten zu können, gezahlt hat, ist die Erbschaft so belastet worden, daß dem Erben nicht mehr ein Viertel frei blieb. Eine Inanspruchnahme der lex Falcidia ist jedoch nicht gegeben, da die Schuld an der Überlastung den Erben trifft. Denn dieser hatte das Recht, statt des Landgutes den nach dem Ermessen des Richters angemessenen Preis an den Vermächtnisnehmer zu zahlen.

Digitized by Google

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** kennt keine besonderen Beschränkungen in der Anordnung von Vermächtnissen. Es rechnet die Vermächtnisse zu den Nachlaßverbindlichkeiten, der Erbe hat sie ebenso zu erfüllen, wie die übrigen, bei beschränkter Haftung (vgl. Nr. 84) soweit der Nachlaß reicht, bei unbeschränkter Haftung auch mit seinem eigenen Vermögen. Zum Ausgleich für die Berechtigung des Erben, bei Überschuldung des Nachlasses eine beschränkte Haftung herbeizuführen, ist den Vermächtnisnehmern bei Gefährdung des Nachlasses durch Überschuldung des Erben das Recht zur Stellung der Inventarfrist, zur Einleitung der Nachlaßverwaltung, zum Antrag auf Nachlaßkonkurs gegeben.

Bei unserem Beispiel würde hinsichtlich des Vermächtnisses der Erbe nur das Recht, nicht die Pflicht haben, an Stelle des vermachten fremden Gegenstandes den angemessenen Wert zu entrichten, wenn er zur Beschaffung außer stande oder die Beschaffung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist.

97.

L 34 § 1 Dig III (32).

Vorausvermächtnis.

Filio ex parte heredi scripto praeceptionem dedit inter cetera his verbis: „Titio filio meo nomina ex calendario, quae elegerit filius meus sibi, viginti dare damnas sunto sine dolo malo“: eidem filio vivus omnium rerum suarum administrationem permisit: qui post testamentum factum ante mortem patris annis decem, quibus procurabat patri, contra veterem consuetudinem patris, qua calendarium exercebatur, novos debitores amplarum pecuniarum fecit et in priores, quos pater exiguarum fortunarum habebat, maius creditum contulit ad hoc, ut viginti nominibus prope omnis substantia calendarii esset. quaesitum est, an huic filio eorum nominum, quae ipse fecit, praeceptio permittenda est. respondit ex his electionem habere, quae testamenti tempore testator in kalendario habuit.

Jemand hat seinem auf einen Teil zum Erben eingesetzten Sohn unter anderm ein Vorausvermächtnis mit folgenden Worten gegeben: Die Erben sollen verpflichtet sein, dem Titius, meinem Sohn, 20 Forderungen, die sich mein Sohn aus dem Schuldbuch ausgesucht haben wird, ohne böse Absicht zu geben. Demselben Sohn hat er bei seinen Lebzeiten die Verwaltung aller seiner Angelegenheiten überlassen. Derselbe hat nach Errichtung des Testaments vor dem Tode des Vaters in den zehn Jahren, während welcher er die Geschäfte des Vaters besorgte, gegen die alte Gewohnheit des Vaters, nach welcher das Geldgeschäft betrieben wurde, neue Schuldner mit bedeutenden Summen entstehen lassen, und den früheren mit geringen Summen ein größeres Darlehen überlassen, bis soweit, daß fast der ganze Inhalt des Schuldbuches aus zwanzig Forderungen bestand. Man hat gefragt, ob diesem Sohne das Prälegat zu überlassen sei. Es ist das Gutachten erteilt worden, daß er die Wahl unter denen habe, die der Testator zur Zeit der Errichtung des Testaments im Schuldbuche gehabt habe.

Mit einem Vermächtnis kann nicht bloß ein Dritter, sondern auch ein Erbe bedacht werden. Man spricht dann von einem Vorausvermächtnis, praelegatum. Man muß hierbei zwei Arten unterscheiden: nur die andern Erben sind beschwert, und der Bedachte ist selbst mit beschwert. Im letzteren

Digitized by Google

Falle galt im **römischen Recht** der Teil, den der Bedachte sich selbst zuwenden mußte, als ungültig, weil der Erbe ihn schon als Erbe hatte. Nach § 2150 des **Bürgerlichen Gesetzbuches** gilt das Vorausvermächtnis als wirkliches Vermächtnis auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist.

Die Auslegung der Bestimmung hinsichtlich des Prälegats in unserem Beispiel würde auch nach bürgerlichem Recht als sinngemäß Geltung haben.

Pflichtteil (§ 2303—2338 BGB.).

98.

L 8 Dig. 28, 2.

Formelles Noterbrecht.

Si primo herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero et, dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit, secundum sententiam qua utimur non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit. quod si in postumo filio idem acciderit, ut natus vivo patre a quo exheredatus sit moriatur, eadem dicenda erunt de substituto, quoniam cum est natus filius, loco eius est, qui superstes est.

De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.

Wenn ich in erster Linie den A zum Erben einsetzte und meinen Sohn enterbte, dann diesem A den B substituierte, ohne meinen Sohn auch hier zu enterben, und hierauf, ehe sich der eingesetzte Erbe über die Antretung der Erbschaft erklärte, mein Sohn starb, so soll nach der bei uns angenommenen Meinung der Substitut nicht Erbe sein, gleich als ob seine Ernennung schon von Anfang an ungültig gewesen wäre, da in seiner Reihe der Sohn nicht enterbt war.

Tritt nun bei einem nachgeborenen Sohn derselbe Fall ein, nämlich daß er bei Lebzeiten des Vaters, der ihn enterbte, stirbt, so findet in bezug auf den Substituten dasselbe statt, weil ein Kind nach seiner Geburt jedem andern schon geborenen gleich geachtet wird.

Dem unbeschränkten testamentarischen Erbrecht der XII Tafeln treten zunächst die Pontifices entgegen; sie schufen ein **formelles Noterbrecht.** Sie gaben den sui, d. h. denjenigen Hauskindern, die nach des Erblassers Tode gewaltfrei wurden, das nicht zu umgehende Recht der Benennung im Testament den honor institutionis vel exheredationis.

Wenn Haussöhne übergangen waren, so war das Testament nichtig, bei Übergehung von Töchtern und Enkeln blieb dagegen das Testament bestehen, die Übergangenen akkreszierten aber den Eingesetzten, erbten also mit diesem zusammen als stillschweigend eingesetzte Testamentserben.

Dieser honor institutionis vel exheredationis mußte ganz streng bei den Haussöhnen behandelt werden. Dieselben mußten nominatim und ab omni gradu exherediert werden, bei den übrigen genügte eine Enterbung schlechthin, inter ceteros.

Deshalb kann auch in unserem Beispiel der dem A substituierte (vgl. Stelle Nr. 91) B nicht zur Erbschaft gelangen, denn ihm gegenüber ist eine exheredatio des Sohnes nicht erfolgt, seine Ernennung ist von Anfang an nichtig gewesen. Ohne Unterschied ist es, ob der suus schon zur Testamentserrichtung lebte oder nicht, also ein postumus suus war, denn auch bei diesen trat bei fehlender Exheredation Nichtigkeit des Testaments ein.

Digitized by Google

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** kennt dieses Noterbrecht nicht mehr, es hat ein reines Pflichtteilsrecht rezipiert: ein berechtigter Erbe hat lediglich einen Anspruch auf eine Nachlaßportion.

Über die weitere Entwickelung des Pflichtteilsrechts siehe die nächste Stelle.

99.

L 17 Dig. 37, 4.

Bonorum possessio contra tabulas.

Si pater se dederit in adoptionem nec sequatur eum filius emancipatus ab eo antea factus, quia in alia familia sit pater, in alia filius, bonorum possessionem contra tabulas non potest filius eius habere: et ita Julianus scripsit. Marcellus autem ait iniquum sibi videri excludi eos a bonorum possessione, cum pater se dedit in adoptionem: ubi enim filius non datur in adoptionem, at pater se dat, nullum patrem filio adsignat: quae sententia non est sine ratione.

De bonorum possessione contra tabulas.

Wenn sich ein Vater an Kindesstatt hat annehmen lassen und ihm sein Sohn, der schon früher von ihm aus der väterlichen Gewalt entlassen worden ist, nicht dahin folgt, so kann der Sohn, weil der Vater zu einer anderen Familie gehört als der Sohn, den Nachlaßbesitz contra tabulas nicht erhalten.

So hat Julianus gelehrt. Marcellus sagt aber, es scheine ihm unbillig, denselben vom Nachlaßbesitz auszuscheiden, weil sich der Vater an Kindesstatt hat annehmen lassen. Denn wenn das nicht in Ansehung des Sohnes, sondern nur des Vaters stattgefunden hat, so läßt er ja dem Sohne keinen Vater. Und diese Meinung ist nicht ohne Grund.

Das formelle Noterbrecht des **römischen Rechts** (vgl. die vorige Stelle) wurde weiter entwickelt durch die Prätoren. Diese gaben sämtlichen liberi bei Übergehung im Testament zur Geltendmachung ihres Anspruchs auf den gesetzlichen Erbteil die bonorum possessio contra tabulas.

In unserem Falle ist der Erblasser rite adoptiert worden, somit in die Familie des pater adoptans übergetreten. Er hat seinem Sohn, der vor der Adoption des Vaters emanzipiert worden ist, also aus der Familie des Vaters ausgeschieden ist, und seinem Vater nicht mit in die Adoption gefolgt ist, nicht zum Erben ernannt. Kann der Sohn die bonorum possessio contra tabulas geltend machen?

Julianus verneint diese Frage, weil kein Familienverhältnis mehr zwischen Vater und Sohn besteht. Wohl mit Unrecht, denn das prätorische Recht, das die bonorum possessio einführte, legt beim Erbrecht lediglich auf die Blutsverwandtschaft Gewicht, und es würde trotz Emanzipation des Sohnes und Adoption des Vaters auf Grund des edictum unde liberi ein gesetzliches Erbrecht des Sohnes gegen seinen Vater bestehen.

Mit der bonorum possessio contra tabulas leitete der Prätor zum Pflichtteilsrecht über, das dann durch die Praxis des Centumviralgerichts weiter ausgedehnt worden ist. Justinian schuf dann zum Schluß mit der Novelle Nr. 115 ein gemischtes materielles und formelles Noterbrecht, das er in der Novelle Nr. 127 auch auf die mulier indotata ausdehnte.

Das **Bürgerliche Gesetzbuch** hat reines Pflichtteilsrecht angenommen. Pflichtteilsberechtigt sind Abkömmlinge, Eltern und Ehegatten, und zwar schließt

Digitized by Google

das Vorhandensein eines Abkömmlings die Eltern aus, während der Ehegatte neben beiden erbt. Die Höhe des Pflichtteils beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.

Während **in Rom** der Pflichtteilsanspruch ein Erbschaftsanspruch war, ist er nach dem **bürgerlichen Recht** ein durch den Erbfall ausgelöster obligatorischer Anspruch gegen die Erben und zwar ein Geldanspruch gerichtet auf eine Quote des Nachlasses.

Erbunwürdigkeit (§ 2339—2345 BGB.).

100.

L 17 Dig. 34, 9.

De his quae ut indignis auferuntur.

Heredem, qui seiens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi nec probe desideraturum actionem confusam restitui: deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum ante motam scilicet controversiam, si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

Derjenige Erbe, der wissentlich die Rächung des Testators unterlassen hat, muß nach meiner Ansicht alle gezogenen Nutzungen herausgeben, und er kann auch billigerweise nicht die Erstattung der durch Vereinigung erloschenen Klagen verlangen.

Wer aber in Unkunde des Geschehenen befangen ist, dem steht die Verteidigung eines Besitzers im guten Glauben zur Seite, nämlich bis zur Klageerhebung gegen ihn, wenn Rechnungsablegung in betreff der Nutzungen gefordert wird, und es ist auch die Forderung der Erstattung der durch die Vereinigung erloschenen Klagen nicht unbillig.

Bei schweren Verfehlungen gegen den Erblasser wurde im **römischen Recht** der Kaiserzeit den Bedachten als indigni die Zuwendung wieder entzogen. Als solcher Verfehlung schuldig galt z. B. derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig den Tod des Erblassers herbeigeführt hatte oder die Mörder des Erblassers nicht verfolgt hatte. Erben waren jedoch die indigni schon geworden. Es waren mithin auch ihre Forderungen gegen den Erblasser untergegangen. Diese Ansprüche lebten auf Grund besonderer Bestimmung nach der Entziehung der Erbschaft nicht wieder auf. Für einen gutgläubigen Erben, der z. B. nicht wußte, daß der Erblasser durch Mörderhand gestorben war, kamen diese Rechtssätze nicht zur Anwendung.

Für das **Bürgerliche Gesetzbuch** gibt § 2339 die Gründe der Erbunwürdigkeit an. Diese selbst wird geltend gemacht durch Anfechtung des Erbschaftserwerbs (§ 2340 BGB.), wobei anfechtungsberechtigt jeder ist, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur bei Wegfall eines andern, zu statten kommt (§ 2341 BGB.). Die siegreiche Anfechtung bewirkt, daß der Anfall an den Erbunwürdigen als nicht erfolgt gilt (§ 2344 BGB.). Ein Erlöschen der Forderungen des Erbunwürdigen gegen den Erblasser ist im Gegensatz zum römischen Recht nicht gegeben.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

Digitized by Google

Verlag von **C. L. Hirschfeld** in Leipzig.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz.
Herausgegeben nnd erläutert von Dr. Reinhard **Frank**, Professor der Rechte in Tübingen. Dritte und vierte neubearbeitete Auflage. M. 9.40, geb. M. 11.—

Die Preussische Verfassungurkunde. Textausgabe mit Gesetzesverweisungen und Anlagen. Von Dr. Walter **Schücking**, Professor in Marburg. M. 1.—, geb. M. 1.30

Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht.
Zusammengestellt von Dr. Heinrich Triepel, Prof. in Tübingen. M. 5.—, geb. M. 6.—

Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung im Mittelalter und Neuzeit. Bearbeitet von Dr. jur. et phil. Karl **Zeumer**, Professor in Berlin. M. 9.—, geb. M. 10.—
In zwei Teilen: 1. Teil M. 5.—, geb. M. 6.—
2. Teil M. 5.60, geb. M. 6.60

Quellensammlung zum Verwaltungsrecht des Deutschen Reichs. Zusammengestellt von Dr. Karl Freiherrn **von Stengel**, Professor in München. M. 8.40, geb. M. 9.40

Quellensammlung zum Preussischen Staatsrecht. Bearbeitet von Dr. Walter **Schücking**. Professor in Marburg. im Druck.

Quellensammlung zum Staats- und Verwaltungsrecht des Königreichs Bayern. Zusammengestellt von Dr. Hermann **Rehm**, Prof. in Strassburg i. E. M. 6.50, geb. M. 7.50

Aktenstücke zur Einführung in das Prozessrecht. Von Dr. Richard **Stein**, Professor in Halle und Dr. Richard **Schmidt**, Geh. Hofrat, Professor in Freiburg.
Civilprozess. Bearbeitet von Friedrich **Stein**. 5. Aufl. M. 2.20. geb. M. 2.70
Strafprozess. Bearbeitet von Richard **Schmidt**. 3. Aufl. M. 1.40, geb. M. 1.90

Lehrbuch der Nationalökonomie. Von Dr. Friedrich **Kleinwächter**, k. k. österr. Hofrat und Professor der Staatswissenschaften an der Universität Czernowitz. M. 8.40, geb. M. 10.—

Konkursrecht und Konkursverfahren auf der Grundlage des vom 1. Januar 1900 ab geltenden Rechts. Von Eckart Freiherr **von Aufsess**, Kgl. Amtsrichter. M. 3.80, geb. M. 4.80

Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Anmerkungen und einem Anhang enthaltend die hierzu ergangenen preussischen und bayrischen Ausführungs und Ergänzungsgesetze. Von Eckart Freiherr **von Aufsess**, Kgl. Amtsrichter. M. 3.30

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google